REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 2 – ANO 1

MARÇO E ABRIL DE 2014

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador SÉRGIO JACINTHO GUERRIERI REZENDE

Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO
Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Doutrina 25

2- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 27
b) Agravos Regimentais 74
c) Apelações 85
d) Conflitos de Competência 337
e) Exceções de Incompetência 349
f) Rescisórias 353

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 364
b) Apelações 387
c) Apelações/Reexames Necessários 543
d) Conflitos de Competência 559
e) Rescisórias 562

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 567
b) Agravos Regimentais 569
c) Apelações 579
d) *Habeas Corpus* 675
e) Procedimentos Investigatórios do MP 698
f) Recursos em Sentido Estrito 703
g) Revisões Criminais 705

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 720
b) Conflitos de Competência 828
c) *Habeas Corpus* 851

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos Regimentais 855
b) Apelações 865
c) Apelações/Reexames Necessários 883
d) Conflitos de Competência 912
e) Conflitos de Jurisdição 923

6- Noticiário 927

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

Composta/Editada pela Equipe da DGJUD 1.2 - Serviço de Publicações e Divulgação - Presidência do Tribunal de Justiça

Praça Dr. João Mendes, s/nº, Fórum João Mendes Jr., 19º andar
sala 1905, São Paulo-SP, 01501-900
Telefone (11) 2171-6629, Fax (11) 2171-6602
endereço eletrônico: biblioteca@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano I, n. 2, mar./abr. 2014 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2014.

Bimestral.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Direito - jurisprudência 2. Tribunal de Justiça - periódico. I. São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça.

CDU 34(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

ÓRGÃO ESPECIAL

Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
WALTER de Almeida GUILHERME
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Hamilton ELLIOT AKEL
Antonio Luiz PIRES NETO
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
ANTONIO VILENILSON Vilar Feitosa
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR
MÁRCIO Orlando BÁRTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI

José RENATO NALINI
ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
LUÍS Antonio GANZERLA
ITAMAR GAINO
VANDERCI ÁLVARES
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
EROS PICELI
ANTONIO CARLOS VILLEN
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
LUIZ ANTONIO DE GODOY

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador EROS PICELI***
Desembargador ARTUR MAQUES da Silva Filho
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargadora CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA**
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador PAULO Eduardo RAZUK
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargadora CHRISTINE SANTINI***
Desembargador CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY**
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador José Roberto NEVES AMORIM***
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI**
Desembargador GUILHERME SANTINI TEODORO*
Desembargadora MÁRCIA TESSITORE*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI***
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador JOÃO PAZINE NETO**
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALAS 510 E 511)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO***
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ**

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI***
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR***
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI
Desembargador Henrique NELSON CALANDRA
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**
Desembargador HÉLIO MARQUES DE FARIA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 6º ANDAR — (SALA 612)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO VILENILSON Vilar Feitosa
Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador MAURO CONTI MACHADO***
Desembargadora LUCILA TOLEDO PEDROSO DE BARROS**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN*
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CÉSAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador LUIZ ANTONIO COELHO MENDES**
Desembargador ROBERTO MAIA FILHO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 622) — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador ALBERTO MARINO NETO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador RÔMOLO RUSSO JÚNIOR**
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

12ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza
Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE***
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador TASSO DUARTE DE MELLO
Desembargadora LIDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO*

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

13ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES
Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho Silva da Fonseca
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO***

14ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI***
Desembargador José CARDOSO NETO
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 504 OU 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador Manoel MATTOS FARIA
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Antonio Mario de CASTRO FIGLIOLA***
Desembargador José RENATO NALINI
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador LUÍS FERNANDO Balieiro LODI***

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Roberto SABBATO
Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA***
Desembargador AFONSO CELSO NOGUEIRA BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 232 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador WILLIAM MARINHO de Faria
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargadora CLARICE SALLES DE CARVALHO ROSA**

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador SEBASTIÃO Alves JUNQUEIRA
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MÁRIO CARLOS DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR***
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargadora MARIA LUCIA RIBEIRO DE CASTRO PIZZOTTI MENDES**

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN***
Desembargador THIERS FERNANDES LOBO
Desembargador SÉRGIO RUI DA FONSECA
Desembargador FÁBIO GUIDI TABOSA PESSOA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SERGIO SEIJI SHIMURA
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho

24ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador ERSON Teodoro de OLIVEIRA***
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 621/623)

25ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VANDERCI ÁLVARES
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador WALTER CÉSAR Incontri EXNER***
Desembargador HUGO CREPALDI NETO
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**

26ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 621/623)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargadora BERENICE MARCONDES CÉSAR
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME***
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador CLAUDIO HAMILTON BARBOSA

28ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargador JÚLIO dos Santos VIDAL Júnior
Desembargador CÉSAR LACERDA
Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 232/236)

29ª Câmara de Direito Privado (sala 232/236 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador Sebastião OSCAR FELTRIN***
Desembargador FRANCISCO THOMAZ de Carvalho Júnior
Desembargador Otacilio FERRAZ FELISARDO
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargadora HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**

30ª Câmara de Direito Privado (sala 218/220 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ORLANDO PISTORESI
Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO**

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510) —QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI***
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador Armando Sérgio PRADO DE TOLEDO
Desembargador ADILSON DE ARAÚJO

32ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA***
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 511)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador EROS PICELI
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE***
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CARLOS NUNES Neto
Desembargador MÁRIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

34ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora ROSA MARIA Barreto Borriello DE ANDRADE NERY
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ Joaquim Marcondes MALERBI
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador CLÓVIS CASTELO***
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

36ª Câmara de Direito Privado (sala 601/602 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Luís PALMA BISSON
Desembargador JAYME QUEIROZ Lopes Filho
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504 OU 511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio DIMAS Cruz CARNEIRO
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO***
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO
Desembargador EDUARDO ALMEIDA PRADO ROCHA DE SIQUEIRA
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA
Desembargador MAURY Ângelo BOTTESINI
Desembargador CESAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 5ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY**
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza***
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador FÁBIO GUIDI TABOSA PESSOA**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 608/2013)

2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN***
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR**

3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA***
Desembargador Vicente Antonio MARCODES D'ANGELO
Desembargador HELIO NOGUEIRA**
Desembargador TERCIO PIRES**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO
(Resolução nº 643/2014)

4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA

5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN

6ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador José CARDOSO NETO
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

7ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

8ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargador FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembragador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**

9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador Armando Sérgio PRADO DE TOLEDO
Desembargador ADILSON DE ARAÚJO
Desembargador Luís FERNANDO NISHI

10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MÁRIO ANTONIO DA SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargadora ROSA MARIA Barreto Borriello DE ANDRADE NERY
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ***
Desembargador SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI**

2ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO***
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*

3ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS***
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador RONALDO ALVES DE ANDRADE**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI***
Desembargadora ANA Luiza LIARTE**
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior
Desembargadora MARIA LAURA DE ASSIS MOURA TAVARES**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

6ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO dos Reis
Desembargador REINALDO MILUZZI***
Desembargadora MARIA OLÍVIA PINTO ESTEVES ALVES
Desembargadora SILVIA Maria MEIRELLES Novaes de Andrade**

7ª Câmara de Direito Público (sala 504 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sergio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO***
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS GARCIA***
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador JOSÉ JARBAS DE AGUIAR GOMES
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO*
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO*

9ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO***
Desembargador JOÃO BATISTA MORATO REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

10ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO***
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI***
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador LUIZ BURZA NETO
Desembargador VENÍCIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador José Roberto PEIRETTI DE GODOY
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Junior***
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO AUGUSTO MACHADO DE BARROS FILHO***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargador MAURICIO FIORITO**
Desembargador RODOLFO CÉSAR MILANO*
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO***
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ARTHUR DEL GUÉRCIO Filho
Desembargador ALUÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**

18ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO CAPRARO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**
Desembargador JOSÉ LUIZ DE CARVALHO*

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI***
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA JÚNIOR
Desembargador VALTER ALEXANDRE MENA**
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI**
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

17ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto
Desembargador ADELdrupes Blaque FERRAZ***
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade***
Desembargador VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ÁLVARO AUGUSTO DOS PASSOS

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 639/2014)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 504 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI**
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

3ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 202 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA DE ASSIS MOURA TAVARES
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

1ª Câmara de Direito Criminal (sala 601/602 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior***
Desembargador MÁRCIO Orlando BÁRTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 604 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Luiz PIRES NETO
Desembargador IVAN MARQUES da Silva
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO DE SOUZA
Desembargador ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI***
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (sala 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Luis WOHLERS Silveira***
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES

4ª Câmara de Direito Criminal (sala 232/236 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador EDSON Aparecido BRANDÃO
Desembargadora IVANA DAVID**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 601/602)

5ª Câmara de Direito Criminal (sala 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador JUVENAL José DUARTE

6ª Câmara de Direito Criminal (sala 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador ANTONIO CARLOS MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 218/220)

7ª Câmara de Direito Criminal (sala 218/220 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio FERNANDO MIRANDA
Desembargador ROBERTO Mário MORTARI***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE**

8ª Câmara de Direito Criminal (sala 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO***
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Alceu PENTEADO NAVARRO
Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 232/236 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA***
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (sala 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho***

12ª Câmara de Direito Criminal (sala 202/204 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA
Desembargador BRENO de Freitas GUIMARÃES Júnior
Desembargador PAULO Antonio ROSSI***

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto SAN JUAN FRANÇA***
Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador RENÊ RICUPERO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO*

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA***
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 218/220 OU 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO***
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**

16ª Câmara de Direito Criminal (sala 218/220 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador ALBERTO Viégas MARIZ DE OLIVEIRA
Desembargador José Ruy BORGES PEREIRA
Desembargador NEWTON DE OLIVEIRA NEVES
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO***
Desembargador PEDRO LUIZ AGUIRRE MENIN

CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 590/2013)

1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 609 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI**
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

2ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 6ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO***
Desembargador RENÊ RICUPERO
Desembargador FERNANDO GERALDO SIMÃO**
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

3ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 5ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

4ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 218/220 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho***
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador César Augusto ANDRADE DE CASTRO**

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Luiz Antonio Coelho Mendes
Maria Laura de Assis Moura Tavares
Theodureto de Almeida Camargo Neto
Guilherme de Souza Nucci
Fábio Guidi Tabosa Pessoa
Valter Alexandre Mena
Cláudia Grieco Tabosa Pessoa
Fernando Geraldo Simão
João Pazine Neto
Carlos Henrique Miguel Trevisan
Luiz Sérgio Fernandes de Souza
Hélio Marques de Faria
Nelson Jorge Júnior
Rômolo Russo Júnior
Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes
Flávio Abramovici
Vicente de Abreu Amadei
Silmar Fernandes
Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho
Antonio Tadeu Ottoni
Flora Maria Nesi Tossi Silva
Cláudio Luiz Bueno de Godoy
José Roberto Furquim Cabella
Milton Paulo de Carvalho Filho
Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira
Samuel Francisco Mourão Neto
Denise Andréa Martins Retamero
Cláudio Augusto Pedrassi
Edson Luiz de Queiroz
Roberto Maia Filho
Cassiano Ricardo Zorzi Rocha
Ronaldo Alves de Andrade
Walter Rocha Barone
Aguinaldo de Freitas Filho
Marcelo Fortes Barbosa Filho
Lucila Toledo Pedroso de Barros
Kenarik Boujikian Felippe
João Batista Amorim de Vilhena Nunes
Alcides Leopoldo e Silva Júnior
José Maria Câmara Júnior

Amable Lopez Soto
Ramon Mateo Júnior
Carlos Vieira Von Adamek
Cláudio Antonio Marques da Silva
Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luís Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloisio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Monica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lucia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lidia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Clarice Salles de Carvalho Rosa
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira

DOUTRINA

NÓTULA SOBRE A JUSTIÇA CORDIAL

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Desembargador Supervisor da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo
Membro da Comissão de Jurisprudência
Coordenador da Diretoria de Gestão do Conhecimento Judiciário

Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, lançou recentemente o Des. Hamilton Elliot Ackel o projeto "**Justiça cordial**", que, com o apoio do Presidente da Corte, Des. José Renato Nalini, já se consagrou por meta do Poder judiciário paulista.

Em seu aspecto externo, o conceito de "cordialidade", objeto desse projeto, não pareceria distinguir-se da noção de "urbanidade" prevista no inciso IV do art. 35 da Loman que alista, entre os deveres do magistrado, o de "tratar com urbanidade as partes". Ou ainda do termo "cortesia", que se prescreve na prestação dos serviços concedidos ou permitidos (*vidē* § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987, de 13-2-1995, e que aparenta ser a fonte inspiradora do item 3º do cap. XX das atuais "Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo").

Se algo, entretanto, destaca o projeto do Des. Ackel a propósito da "Justiça cordial" é exatamente o aspecto interno da compreensão do conceito de "cordialidade" –e o da de seu correspondente termo concreto "cordial".

É possível ser cortês e ser urbano sem ser cordial. Ou seja: pode ser-se polido, ter mesmo o hábito da amabilidade no trato ordinário na *polis*, observar as boas maneiras da *urbs*, sem ser

Acesso ao Sumário

cordial. É que atuar de modo cordial envolve no agir o próprio coração: "cordial" provém de *cor*, *cordis*, enquanto indicação figurada de "lugar ou sede da alma": daí que diga S.Isidoro ser no coração que se situe a solicitude e a origem da ciência −*in eo* [é dizer, *in cordē*] *omnis sollicitudo et scientiæ causa manet*. E não diversamente Lactâncio, para quem o coração é a morada da sabedoria −*cor quod sapientiæ domicilium videtur*.

Dessa maneira, distingue-se a cordialidade em relação à cortesia e ao trato urbano por qualificar aquela a ação *cum cordē*, e nisso está uma raiz de pacificação social. Pode ver-se já com o oposto da ação *cum cordē*: agir com discórdia (*contrarietatem in voluntate*) é tomar por ponto de partida o alheamento da vontade do outro [está em S.Tomás: *discordia* (...) *ut terminus a quo recessus a voluntate alterius*], o que **afasta da ordem e da paz**, enquanto a paz é a tranquilidade da ordem: isso está na conhecida passagem agostiniana, *pax* (...), *tranquilittas ordinis*. (E, pois, não é paz a falsíssima e instável calmaria da desordem, prenúncio de graves e intensas borrascas: que nos digam, a propósito, as experiências da Sociedade das Nações e da Organização das Nações Unidas). Ou aquilo que disse Dante: viver em paz provém, em grau máximo, da justiça, mais amplamente: da *ordo amoris*, em que se tem o primado da caridade.

A ideia de repartição da justiça *cum cordē* (parecerá de fato melhor, no entanto, o plural *cum cordibus*) recupera um fundamento antropológico muito saliente na Escolástica espanhola, o da conaturalidade do fim pacífico da *polis*. É dizer, a amizade recíproca entre os homens: como se lê na Vulgata, *omne animal diligit simile sibi* (Ecles., 13-19), em que insistia a doutrina de Francisco de Vitoria: de direito natural é a amizade entre os homens, e, desse modo, suposta sempre a verdade, suposta sempre a justiça, suposta sempre a caridade, ser cordial, agir *cum cordē*, é muito contribuir para a paz, é já muito fazer para a tranquilidade da ordem.

Enfim, se há novidades que merecem aplauso, e algumas acaso merecem, a do projeto da "Justiça cordial" sem dúvida parece merecê-lo, tanto mais que é uma novidade saudosa, abandeirada da tradicional doutrina sobre a amizade recíproca na *polis*.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2003506-62.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OSVALDO BAPTISTA FILHO, são agravados GERALDO LUÍS DO SACRAMENTO e RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VEICULAÇÃO DE REPORTAGENS SOBRE O AGRAVANTE. PROFESSOR DE REDE PÚBLICA DE ENSINO. GRAVE ACUSAÇÃO CRIMINAL. VÍTIMA ALUNA E CRIANÇA. INVESTIGAÇÃO EM ANDAMENTO. VEICULAÇÃO DA FOTOGRAFIA, DA RESIDÊNCIA E DOS LOCAIS DE FREQUÊNCIA DO AGRAVANTE. COMENTÁRIOS DEPRECIATIVOS DO APRESENTADOR. INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA CONTRA O RECORRENTE. DIREITO DE INFORMAÇÃO. EXCESSOS QUE DEVEM SER COIBIDOS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DEFERIDA. RECURSO PROVIDO.

1. O agravante responde criminalmente por acusação criminal cuja vítima foi sua aluna. Criança filmada sendo abraçada e acariciada pelo recorrente, que não nega os fatos.

2. Reportagens veiculadas pelos agravados.

Acesso ao Sumário

Veiculação da fotografia, da residência e dos locais que o recorrente frequenta. Comentários do apresentador do programa, coagravado, que incitam a violência contra o recorrente. Comportamento agressivo do apresentador e adjetivações negativas.

3. A veiculação de reportagens com informações sem interesse público e que incitam a violência ultrapassa o direito que a imprensa possui de informar e deve ser coibida.

4. Imprensa. Papel fundamental na democracia. Entretanto, o direito de informar têm limites e restrições. Deve ser coibida a conduta que foge da razoabilidade e que se desvia da finalidade de comunicação e de divulgação da imprensa escrita e visual.

5. A repugnância que o repórter sente dos fatos que conhece e narra não pode ditar o tom da informação. No caso, houve excesso nos comentários e na exposição do agravante, abandonando-se a finalidade da informação, que se perdeu nos primeiros momentos do conhecimento do ocorrido, excesso que deve ser contido com a retirada das matérias já gravadas do sítio eletrônico e da programação.

6. Presença dos requisitos autorizadores para o deferimento da tutela antecipada. Verossimilhança das alegações e risco de dano de difícil reparação ao agravante. Tutela antecipada deferida para que os coagravados cessem a veiculação das reportagens sobre o recorrente em 24 horas, pena de multa diária de R$ 20.000,00.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. - Insurgiu-se o agravante contra decisão proferida em ação de indenização que indeferiu a tutela antecipada requerida na petição inicial.

Alegou, em síntese, que é professor de educação básica; que trabalha para o Estado; que foi divulgado pelos agravados vídeo de seis segundos de duração no qual aparece abraçando aluna; que é amigo dos alunos; que o abraço foi consentido; que a aluna e sua família não se queixaram da situação, mas o fato está sendo apurado pelos órgãos competentes; que a coagravada está divulgando

as imagens de forma sensacionalista; que a matéria está na rede mundial de computadores; que os agravados apresentaram diversas fotografias suas, de sua residência e de seu trabalho; que a matéria foi veiculada no programa *Balanço Geral* e foi marcada por ofensas e desrespeito à sua imagem; que a matéria foi veiculada com estimulo à violência; que há sensacionalismo; que passou a ser hostilizado e ofendido inclusive nas redes sociais; que teve sua personalidade maculada, sua integridade física ameaçada e a unidade escolar na qual trabalha foi objeto de tentativa de incêndio; que o linchamento midiático que sofre causou piora em seu quadro de saúde; que não pretende impedir a atuação dos meios de comunicação, mas sustenta que deve ser feita de forma razoável e desde que assegurados seus direitos e garantias individuais; e que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Pediu a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, a final, o provimento do recurso.

Concedida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas as informações e a intimação dos agravados, não citados.

É o relatório.

2. - A decisão recorrida foi assim proferida:

"Vistos.

Indefiro a pretendida antecipação da tutela.

O art. 220 e seus parágrafos da Constituição Federal garante a liberdade de informação jornalística. Em princípio, e sem discussão acerca da licitude ou ilicitude do comportamento do autor, parece legítimo o interesse jornalístico no fato, já que se trata de fato que inclusive está sendo apurado pelas autoridades competentes, conforme mencionado na própria inicial.

Portanto, neste momento, não se justifica impedir a veiculação do vídeo ou de qualquer outra imagem relacionada aos fatos, nem ainda a manifestação dos jornalistas e apresentadores acerca do fato, ficando evidentemente ressaltado que aquele que exceder os limites da informação poderá ser punido tanto na esfera cível quanto na esfera criminal, conforme o caso.

Dessa forma, por ora, indefiro a pretendida antecipação da tutela"

Consta que o agravante, professor da rede pública de ensino, foi filmado em sala de aula abraçando e acariciando uma aluna com onze anos de idade. As filmagens foram encaminhadas às autoridades competentes e o agravante está respondendo criminalmente por seus atos.

O recorrente alegou que os agravados veicularam reportagem sobre o assunto, que vem sendo reeditada e difundida na programação da emissora e

Acesso ao Sumário

na rede mundial de computadores, na qual mostra sua fotografia, sua residência e os locais que costuma frequentar (salão de cabeleireiro, comércio e local de trabalho).

O agravante também sustentou que as reportagens televisionadas e que podem ser acessadas na *internet* incitam a violência, fazem apologia ao crime e desrespeitam sua imagem. Alegou, em síntese, que as matérias jornalistas têm caráter sensacionalista e pediu o deferimento da tutela antecipada para impedir que os agravados veiculem **"o vídeo, a foto e qualquer imagem do agravante e de sua residência, em seus programas televisivos, nos seus sítios da rede mundial de computadores e outras mídias sociais ou digitais, bem como deixem de ofender e incitar a violência contra a pessoa do agravante"** (fls. 12).

O agravante não negou ter sido filmado em situação constrangedora com a criança na sala de aula da escola estadual onde trabalhava e tampouco negou determinados fatos veiculados na reportagem, como a apuração de sua conduta pela polícia e pela autoridade de ensino competente. Como sustentou nas razões recursais, *"Dessa forma não se adentra na presente ação no mérito dos fatos apresentados pela gravação da sala de aula"* (fls. 05).

A veiculação de fatos que devem ser apurados pelos órgãos competentes não pode ser obstada. A imprensa tem fundamental papel na manutenção da democracia, na regularidade das instituições e no controle dos atos públicos e privados e sua atuação não deve ser restringida.

No caso de reportagens policiais, em princípio, não há ilícito na veiculação da ocorrência e da identificação do acusado, inclusive fotográfica, no relato das providências que foram tomadas pelas autoridades públicas e dos desdobramentos dos fatos narrados. Tudo diz respeito à informação que deve ser levada ao público sobre fato relevante da vida social.

Sucede que o direito de informar, mesmo assegurado na Constituição Federal (art. 220), têm limites e restrições, devendo ser coibida a conduta que foge da razoabilidade e que ultrapassa a finalidade de comunicação da imprensa.

Acesso ao Sumário

Nessa esteira é oportuna a lembrança da lição de Darcy Arruda Miranda: **"É incontestável que a imprensa representa o pulmão através do qual os povos respiram e qualquer restrição que se lhe oponha, e não seja ditada pelo interesse coletivo, pode ser prenúncio do predomínio da força sobre o direito. Entretanto, ante a influência que ela exerce na vida das coletividades e das nações, é compreensível a cautela do legislador impondo-lhe freios para os abusos"** (Comentários à Lei de Imprensa, Ed. RT, 3ª ed., pg. 83).

Também nesse sentido a doutrina de Bruno Miragem: **"na hipótese de atividade de imprensa não disser respeito a sua finalidade própria, reconhecida inclusive pelo texto constitucional, justifica-se que o intérprete**

e aplicador do direito estabeleça um rigoroso controle sobre a adequação do objeto da divulgação. O exemplo, nesse caso, poderá ser vislumbrado nas hipótese da exposição de pessoas à consideração do público, quando não exista qualquer distinção que identifique no exercício da atividade da imprensa, o seu aspecto funcional" (Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra, Ed. Livraria do Advogado, 2005, pg. 277/278).

No caso dos autos, as matérias veiculadas pelos agravados desbordaram dos limites do direito de informar. Foram narrados os fatos sucedidos - que, vale ressalvar, não foram negados pelo agravante - mas as reportagens foram além, veiculando a residência do agravante e os locais do bairro que frequentava (a exemplo do salão de cabelereiro, no qual a equipe de reportagem ingressou com câmera escondida).

Tampouco fazia parte do direito de informar as opiniões pessoais do apresentador do programa, coagravado, ou do comentarista que participou de uma das reportagens, assim como não integra o direito da imprensa o comportamento agressivo do apresentador que narrou e comentou as reportagens com uso de adjetivações negativas contra o agravante, que incita a violência.

As reportagens veiculadas pelos agravados ultrapassaram o direito de informação assegurado pela Constituição e acabaram por colocar em risco a integridade física do agravante que, mesmo acusado de crime grave praticado contra criança, não pode sofrer condenação midiática.

Darcy Arruda Miranda, comentando a respeito de ofensas irrogadas por intermédio de jornais ou revistas, anota que **"O exagero inocula-se de dolo, quando altera a verdade, ampliando a parte descritiva com outros condimentos vernaculares que tornem ridícula a pessoa visada, deformando os fatos, ou expondo-a ao desprezo público"** (op. cit., p. 85).

Não faz parte do direito de informar a incitação pública ao linchamento social, por mais grave que tenha sido o crime cometido. Não integra o direito de imprensa o de incitar comportamento agressivo contra quem praticou delito. Toda pessoa tem direito a julgamento justo e mesmo que sobrevenha condenação restam mantidos seus direitos fundamentais.

A conduta dos agravados é sintetizada por Enéas Costa Garcia: **"O jornalista, intencionalmente, carrega nas tintas ao descrever os fatos. Age de maneira desnecessária, ultrapassando os limites do direito à informação para enveredar pelo caminho da ofensa pessoal. A informação é usada de modo abusivo para aniquilar a pessoa retratada, com o emprego de incontinência verbal, de ataque duro e desnecessário. O exagero no modo de exposição dos fatos acaba por dar margens a dubiedade, à criação de falsas ideias na mente do leitor, desvirtuando, portanto, o exercício do direito de informar"** (Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, Ed.

Acesso ao Sumário

Juarez de Oliveira, 2002, pg. 204/205).

Diante dessas situações, é inequívoco que cabe ao Judiciário coibir a conduta incompatível com o direito de informação, mas deve também atuar de forma preventiva com o fim de evitar que os direitos da personalidade da pessoa sejam injustificadamente atingidos. Nesse sentido: **"argumenta-se que a interpretação adequada da Constituição reclama a proteção preventiva do direito fundamental em vias de ser agredido. Gilmar Ferreira Mendes, nessa orientação, não hesita em afirmar 'evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido', observando-se que a garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria esvaziada 'se a intervenção [judiciária] somente pudesse se dar após a configuração da lesão"** (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2007, p. 366).

E conclui a abalizada doutrina: **"nem a garantia da privacidade nem a liberdade de comunicação podem ser tomadas como direitos absolutos; sujeitam-se à ponderação no caso concreto, efetuada pelo juiz, para resolver uma causa submetida ao seu descortino. Dada a relevância e a proeminência dos valores em entrechoque, é claro que se exige máxima cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para solver o conflito. Mas, se é possível, de antemão - sempre na via judiciária, de acordo com o devido processo legal -, distinguir uma situação de violência a direito de outrem, não atende à finalidade do Direito deixar o cidadão desamparado, apenas para propiciar 'um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral'** (op. cit., p. 366/367).

Daí por que é imperioso no caso dos autos o deferimento da tutela antecipada. Presentes a verossimilhança das alegações e o risco de dano irreparável ao agravante, vez que a continuidade da veiculação das reportagens implica em propalação cada vez mais ampla das informações sem caráter jornalístico nelas inseridas (a exemplo do local de residência do agravante e dos locais que frequenta), assim como da incitação à execração pública em desfavor do recorrente.

Por fim, de se anotar a lição de Eduardo Nunes de Souza, em *Direito e Mídia*, sob a coordenação de Anderson Schreiber: **"A liberdade de imprensa deve figurar como pressuposto, não já como antagonista, à tutela da dignidade humana, que somente será efetiva uma vez abandonado o modelo atual, meramente reparatório, em prol de um modelo preventivo de danos à personalidade, legitimado pelos procedimentos adequados e pela transparência de fundamentação das decisões judiciais. Ao julgador, a sensibilidade de perceber se já se faz possível abandonar o atávico receio da censura, em direção a uma efetiva e democraticamente legítima tutela**

Acesso ao Sumário

da pessoa humana" (Ed. Atlas, 2013, p. 327).

A repugnância que o repórter sente dos fatos que conhece e narra não pode ditar o tom da informação. No caso, houve excesso nos comentários e na exposição do agravante, abandonando-se a finalidade da informação, que se perdeu nos primeiros momentos do conhecimento do ocorrido, excesso que deve ser contido com a retirada das matérias já gravadas do sítio eletrônico e da programação. A medida não impede que o agravado volte a noticiar fatos novos envolvendo a apuração do caso, observados os limites indicados do direito à informação.

3. - Pelo exposto, respeitando o entendimento do D. Magistrado, DOU PROVIMENTO ao recurso para deferir a tutela antecipada e determinar que os agravados cessem a veiculação das reportagens sobre o agravante, retirando do sítio eletrônico e da programação as imagens que foram gravadas, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2005077-68.2014.8.26.0000, da Comarca de Tanabi, em que são agravantes EDMAR CARVALHO ALQUAZ e MODESTO FERREIRA ALQUAZ, são agravados ANTONIO GERONIMO DE ALMEIDA e CLARINDA PEREIRA DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.185)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

ORLANDO PISTORESI, Relator

Ementa: Acidente de trânsito - Ação de indenização por danos materiais e morais - Fase de cumprimento de sentença - Natureza alimentar - Inoponibilidade da proteção legal conferida pela Lei nº 8009/90 e pelo Código de Processo Civil - Decisão mantida.

A Lei nº 8.009/90 é expressa ao excepcionar da

Acesso ao Sumário

proteção a execução movida pelo credor de pensão alimentícia, sendo irrelevante a origem da obrigação (art. 3º, inc. III). De modo semelhante dispõe o § 2º do artigo 649 do Código de Processo Civil.

Acidente de trânsito - Ação de indenização por danos materiais e morais - Fase de cumprimento de sentença - Excesso de penhora - Inocorrência.

Levando-se em conta que o valor do débito até mesmo supera aquele atribuído aos bens penhorados, não se há falar em excesso de penhora.

Acidente de trânsito - Ação de indenização por danos materiais e morais - Fase de cumprimento de sentença - Acordo homologado - Efeitos limitados aos litigantes que firmaram a avença - Reconhecimento.

A sentença homologatória de acordo só produz efeitos entre os litigantes, não alcançando terceiros para prejudicá-los ou beneficiá-los, valendo a coisa julgada por ela formada somente entre as partes que firmaram a avença, o que no caso dos autos, todavia, não justifica o simples prosseguimento da execução contra a litisdenunciada, mas assegura o direito do executado beneficiário do seguro de discutir o limite da respectiva cobertura para a hipótese de reembolso dos valores por ele pagos.

Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão reproduzida às fls. 88/92 e que, em autos de ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo em fase de cumprimento de sentença, rejeitou as alegações formuladas em impugnação no sentido da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, da existência de vício na realização da penhora por ausência de intimação de interessados e do excesso de penhora, ficando também rejeitada a alegação de que a seguradora não pagou até o limite dos valores segurados. No mais, dentre outras considerações, foi determinada a suspensão da execução em relação ao veículo Fiat/UNO, placa EAC-0683, e em relação ao montante que exceder o débito reconhecido pelos executados, de R$152.591,60.

Sustentam os agravantes que a exceção à impenhorabilidade do bem de família previsto em lei ordinária não pode afetar direito reconhecido pela

Acesso ao Sumário

Constituição Federal. Aduzem que os agravados não dependem exclusivamente do recebimento da pensão vitalícia arbitrada em condenação, pois são aposentados e percebem auxílio previdenciário. Alegam que não houve a notificação dos demais condôminos e intimação da usufrutuária do imóvel, caracterizando-se o defeito do auto de penhora e avaliação. Afirmam que o veículo penhorado não pode ser objeto de penhora, porquanto foi alienado fiduciariamente para a instituição financeira credora, a qual possui o domínio resolúvel até a quitação do financiamento. Asseveram que há excesso de penhora e de execução, salientando que não participaram do acordo firmado entre autores e denunciada, tudo a justificar o provimento do recurso para a reforma da decisão agravada.

O recurso processou-se com o pretendido efeito suspensivo, apresentando resposta os agravados (fls. 106/113).

É o relatório.

Em face do julgamento que ora se processa, resta prejudicado o exame do pedido de revogação da decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso (fls. 106).

No mais, o recurso comporta provimento em parte.

Nos termos do artigo 4º, inciso II, alínea a, da Lei nº 8.629/93 (Reforma Agrária), considera-se como pequena propriedade rural "a área compreendida ente 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais", enquadramento no qual se pode incluir o imóvel em questão conforme demonstrado pelo "Certificado de Cadastro de Imóvel Rural" (fls. 86).

A penhora em discussão recaiu sobre a nua-propriedade que cabe ao agravante Modesto Ferreira Alquaz no referido imóvel.

Todavia, os documentos colacionados aos autos não são suficientes à comprovação de que a área penhorada é destinada à subsistência do referido executado, bem como de que é por ele trabalhada com sua família.

Não se pode olvidar que a impenhorabilidade de imóvel rural a que se refere o art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal diz respeito a débitos decorrentes da atividade produtiva, o que não é o caso dos autos.

Assim, nada obstante o reconhecimento de que o bem constrito está caracterizado como pequena propriedade rural, o agravante não comprovou que nela labora, extraindo de lá o seu sustento.

Por outro lado, a questão da impenhorabilidade do bem de família foi disciplinada na Lei 8.009/90, que em relação ao imóvel rural, expressamente consignou em seu artigo 4º, § 2º, que: "Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede da moradia, com os respectivos bens móveis e, nos casos do art. 5º, incisos XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural".

Acesso ao Sumário

Entretanto, ainda que o imóvel sirva de moradia ao agravante, não há impugnação à assertiva de que "a quase totalidade dos créditos ora executados é de natureza alimentar (pensão alimentícia vitalícia) (...) em razão das lesões sofridas no acidente de trânsito (...)" (fls.89)

Sobre referida pensão, vale mencionar o quanto definido no título executivo judicial: "reconhecida a responsabilidade dos réus e os danos sofridos pelo autor, a pensão mensal vitalícia quantificada em dois salários mínimos, acrescido do valor de R$ 45,00 (água e luz), mais o equivalente a trinta vezes o valor de 25 litros de leite *in natura* deve ser mantida, ante a comprovação da redução de sua capacidade laborativa, sendo incabível limitar seu pagamento aos 65 ou 70 anos de idade do autor ante a incapacidade permanente já confirmada pela perícia médica. Ressalte-se que o recebimento de aposentadoria paga pelo órgão previdenciário não obsta a indenização pleiteada pois completamente diversas as finalidades e, por isso, inconfundíveis" (fls. 49).

Consoante se observa, a natureza da pensão em questão não é afastada em razão da existência do aludido benefício previdenciário.

E a Lei nº 8.009/90 é expressa ao excepcionar da proteção a execução movida pelo credor de pensão alimentícia, sendo irrelevante a origem da obrigação (art. 3º, inc. III). De modo semelhante dispõe o § 2º do artigo 649 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema já decidiu esta Egrégia Câmara em acórdão assim ementado:

"Embargos à execução - Penhora - Bem de família - Execução de título judicial - Indenização por ato ilícito - Acidente de trânsito - Condenação ao pagamento de pensão mensal - Natureza alimentar dessa verba - Inoponibilidade da proteção legal ao bem de família - Penhora - Possibilidade, desde que limitada tão somente para garantir o adimplemento da pensão mensal - Não extensão da penhora às demais indenizações fixadas no título executivo (danos morais, danos materiais e honorários de sucumbência)" (Apelação sem revisão nº. 9098937-82.2006.8.26.0000 - 30ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Andrade Neto - J. 6/7/2011).

No mesmo sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Direito Civil e Processual Civil. Execução de sentença. Ação reparatória por ato ilícito. Acidente de trânsito. Pensão alimentícia. Inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família.

O comando do artigo 3º, III, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que se mostra mais consentânea com o sentido

teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no polo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência. Recurso especial provido." (REsp 437144/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10/11/2003).

Em relação ao alegado vício na realização da penhora, restou definido que os demais nu-proprietários não tiveram a nua-propriedade penhorada e que serão intimados quando da alienação judicial para o exercício do direito de preferência, enquanto foi determinada a intimação da usufrutuária para o fim de sanar a irregularidade da falta de intimação (CPC, art. 615, II).

Dessa forma, não seria o caso de reconhecer-se a existência de vício apto a desconstituir a penhora levada a efeito.

Porém, os prejuízos resultantes dos alegados vícios não recaem sobre os agravantes, executados, certo que a eles não cabe discutir interesses de terceiros.

Isso porque, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, ninguém pode ir a Juízo, em nome próprio, defender direito alheio. Vale dizer, não se pode admitir que alguém vá a Juízo, na condição de parte, para postular ou defender interesse que é atribuído a outrem. A regra só é excepcionada nos casos de substituição processual, isto é, de legitimação extraordinária, do que na hipótese não se cogita.

No que tange ao veículo penhorado, falece aos agravantes interesse recursal em discutir a constrição, porquanto foi determinada a suspensão da execução em relação a tal bem para o fim de se apurar se o financiamento respectivo foi integralmente quitado (fls. 90).

Sobre o alegado excesso de penhora, a decisão agravada dispôs que "os executados alegam que os bens penhorados valem R$154.844,41 (f. 729). Porém, eles também reconheceram a f. 733 que o débito remanescente é de R$152.591,60 (R$146.949,90 mais R$5.641,70). Ocorre que foi determinada a suspensão da execução envolvendo o veículo Fiat/UNO, devendo ser excluído o seu valor dos bens penhorados. Além disso, cuidando-se de execução de pensão alimentícia vitalícia, desde a data da impugnação dos executados (05.11.2012), já venceram outras doze pensões sem que tivessem sido pagas e cada pensão mensal tem valor superior a 2 salários mínimos. Isso faz com que o valor dos bens penhorados (R$154.844,41, menos o valor do carro) tenha se tornado inferior ao valor devido (R$152.591,60, mais doze pensões alimentícias mensais), ficando rejeitada a alegação de excesso de penhora" (fls. 90/91).

As razões recursais não trazem impugnação específica às considerações acima, as quais não são passíveis de alteração com base nos elementos contidos nos documentos que instruem o recurso.

Assim, levando-se em conta que o valor do débito até mesmo supera

Acesso ao Sumário

aquele atribuído aos bens penhorados, não se há falar em excesso de penhora.

Quanto ao excesso de execução, os agravantes alegam que não foram observados os valores depositados pela seguradora litisdenunciada, como também não foi deduzida a importância do DPVAT. Sustentam, também, que o acordo realizado entre exequentes e seguradora litisdenunciada não lhes atinge porque não participaram da avença, devendo a execução prosseguir pelos valores de R$146.949,90, contra a litisdenunciada, e R$5.641,70, contra os executados. Da soma desses dois valores resulta a quantia reconhecida como incontroversa.

Relativamente aos valores depositados pela litisdenunciada, foi determinada a remessa dos autos à contadoria judicial para a respectiva dedução do valor do débito, dentre outros parâmetros, os quais, todavia, não preveem a dedução da importância relativa a "indenização DVPAT que o autor tiver recebido, corrigida", conforme previsto na sentença e não modificado em sede recursal (cf. fls. 39, 43/51 e 91).

Portanto, os cálculos a serem realizados pela contadoria judicial deverão observar os limites traçados pelo título executivo judicial, o qual, no caso, determina a dedução do valor pago ao autor a título de indenização do seguro obrigatório - DPVAT.

De outro lado, a sentença homologatória de acordo só produz efeitos entre os litigantes, não alcançando terceiros para prejudicá-los ou beneficiá-los, valendo a coisa julgada por ela formada somente entre as partes que firmaram a avença, o que no caso dos autos, todavia, não justifica o simples prosseguimento da execução contra a litisdenunciada, mas assegura o direito do executado beneficiário do seguro de discutir o limite da respectiva cobertura para a hipótese de reembolso dos valores por ele pagos.

Efetivamente, a sentença condenatória impôs à litisdenunciada o pagamento ao corréu Modesto Ferreira Alquaz dos valores a que ele foi condenado, após ele pagá-los aos autores e até o limite do valor previsto no contrato. Já o v. acórdão reproduzido às fls. 43/51 definiu que "a execução dos valores poderá ser feita diretamente pelos autores contra a denunciada que responderá nos limites do contrato de seguro" (fls.50).

Nessa conformidade, a decisão homologatória do acordo por cópia às fls. 69/73 somente produz efeito entre as partes que participaram da avença (autores e denunciada). Aos autores, então, não é mais possível executar diretamente a seguradora, mas ao executado beneficiário do contrato de seguro persiste o direito de requerer a execução contra a denunciada em relação aos valores por ele pagos e também discutir o limite da cobertura, nos exatos termos do título executivo judicial.

Em tais condições, o inconformismo comporta acolhida em parte para que o valor recebido pelo autor a título de indenização de seguro obrigatório -

DPVAT seja considerado pela contadoria judicial, ficando reconhecido o direito do executado Modesto Ferreira Alquaz de mover a execução contra a denunciada nos termos do título executivo judicial, quando será o momento oportuno para discutir o limite da cobertura do seguro.

Pelo exposto, para os fins explicitados, dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054122-75.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA, é agravado HUMBERTO WERNER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20320)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente) e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Indenização. Danos morais. Reações provocadas por uso de medicamento. Relação regida pelo CDC não torna automática a inversão do ônus da prova, cujos requisitos não restaram preenchidos nos autos. Necessidade, ainda, da produção de outras provas, mas não a pericial, diante da constatação de que o medicamento ultrapassou seu prazo de validade. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda. interpõe agravo de instrumento, com pedido de liminar, contra a r. decisão (fls. 187/189), que nos autos da ação indenizatória ajuizada por Humberto Werner, fixou os pontos controvertidos, inverteu o ônus da prova, deferiu a produção de provas documental e oral e indeferiu a pericial.

Acesso ao Sumário

Sustenta, em síntese, ser incabível a inversão do ônus da prova, pois ausentes os requisitos necessários, bem como ser insuficiente a fundamentação da decisão que a decretou. Além disso, argumenta com a inutilidade da oitiva de testemunhas e a imprescindibilidade da realização da prova pericial técnica sobre medicamentos do mesmo lote (fls. 01/17).

O efeito suspensivo foi concedido (fls. 193/194).

Sem contraminuta no prazo legal.

É o relatório.

Assiste parcial razão ao recorrente.

Estabelece o art. 6º, VIII, do CDC, que é direito do consumidor ter *"a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"*.

Isto não significa, porém, que a mera aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo presente a verossimilhança ou a hipossuficiência, torne incondicional a inversão do *onus probandi*.

Trata-se apenas de *"um instrumento para proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova"* (EDUARDO CAMBI. A Prova Civil. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2006, p. 410).

Desse modo, apenas cabe a inversão *"para evitar a injustiça de se proporcionar a vitória da parte mais forte, pela extrema dificuldade ou impossibilidade de a mais fraca demonstrar fatos que correspondem ao normal andamento das coisas ou quando isso pode ser, mais facilmente, comprovado pela parte contrária"* (Ob. cit., p. 410), e não para mero conforto do consumidor.

Afinal, o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor jamais pretendeu facilitar a defesa do consumidor às custas do sacrifício do direito de defesa do fornecedor.

No caso, o agravado afirma que após consumir o medicamento "DORFLEX", produzido pelo agravante, passou a sentir "vertigem, náusea e alternações na pressão arterial", sendo que ao buscar atendimento médico, aventou-se que o remédio "apresentava corpo/aparência estranha". Por conta disso, ingressou com ação indenizatória, postulando reparação pelos danos morais no valor de R$ 200.000,00.

A realização da perícia sobre o medicamento, de fato, mostra-se descabida, pois tendo ultrapassado atualmente sua validade, evidente que podem ter ocorrido alterações em sua fórmula, assim como de todo lote remanescente, o que leva a imprestabilidade desta prova, a despeito dos argumentos apresentados pela agravante.

Acesso ao Sumário

Isto, porém, não afasta a obrigação do agravado de demonstrar o ônus de seu direito através de outras provas, como relatórios médicos e testemunhas, sendo descabido transferir-se tal ônus ao agravante.

Assim, o consumidor deverá demonstrar, com base em fatos concretos, suas alegações e eventuais direitos, competindo ao Magistrado, no momento da apreciação das provas, sopesar o que foi apresentado por ambas as partes e decidir, sem partir da presunção, pura e simples, do contido na norma insculpida no art. 6º, VIII, do CDC.

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 2047225-31.2013.8.26.0000, a 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Gilberto de Passos, j. 19 de dezembro de 2013.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo tão somente para afastar a inversão do ônus da prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056847-37.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, são agravados BRAPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAIXAS DE PAPELÃO ONDULADO LTDA. EPP, NATALIA AZZAN VALENTE e MAURÍCIO VALENTE AZZAN.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3958)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - Pretendida reforma da decisão que indeferiu a suspensão da execução com fundamento no art. 791, inciso III - Alegação do exequente de que é possível a suspensão da execução independentemente de realizada a citação - Cabimento - Possibilidade de suspensão da execução por tempo indeterminado, para que o exequente possa localizar bens do executado.

Acesso ao Sumário

RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Cuida-se de recurso de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por Itaú Unibanco S/A, contra respeitável decisão que, em execução proposta em face de Brapel Indústria e Comércio de Caixas de Papelão Ondulado Ltda. Epp, e outros, indeferiu a suspensão da execução, sob fundamento de ausência de citação dos devedores.

Sustenta o agravante a possibilidade de suspensão com base no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil, até que sejam localizados bens penhoráveis. Pleiteia, assim, a reforma da respeitável decisão agravada, para que o processo de execução seja suspenso por tempo indeterminado.

O recurso é adequado e tempestivo.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

3. Com efeito, o inciso III, do artigo 791 do Código de Processo Civil autoriza a suspensão da execução quando não forem localizados bens penhoráveis em nome do executado, sem que haja norma que estabeleça um limite temporal para essa suspensão.

Da mesma forma, da análise do citado dispositivo verifica-se não ser requisito para tal suspensão a prévia citação do devedor.

Nesse sentido, há precedentes desta Câmara:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fundada em título extrajudicial - Decisão que condicionou o exame do pedido de suspensão da execução, formulado pelo exequente, às providências visando a citação dos executados - O exequente requereu diversas providências visando a citação pessoal dos executados e a localização de bens passíveis de constrição, porém as diligências foram infrutíferas - É cabível a suspensão da execução, com base no art. 791, III, do CPC, em razão da ausência de bens penhoráveis, independentemente da citação dos executados - Precedentes do TJ-SP - Deferimento do pedido de suspensão da execução, formulado pelo agravante, enquanto não se localizar bens penhoráveis - Decisão reformada - Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 0091112-36.2012.8.26.0000, rel. Des. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. 14/06/2012).

"SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - Pretensão de reforma da decisão que indeferiu a suspensão da execução com fundamento no art. 791, inciso III - Alegação do exequente de que é possível a suspensão da execução independentemente de realizada a citação - Cabimento - Possibilidade de suspensão da execução por tempo indeterminado, para que o exequente possa localizar bens do executado - RECURSO

Acesso ao Sumário

PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 0267686-45.2011.8.26.0000, de que fui relator, j. 26/07/2012).

"SUSPENSÃO DO PROCESSO - Execução por título extrajudicial - Ausência de citação - Inteligência do artigo 791, III do Código de Processo Civil - Decisão que rejeitou o pedido - Situação dos autos onde o credor se utilizou dos meios disponíveis para localizar o devedor, não obtendo êxito - Inexigibilidade de prévia citação para poder haver suspensão - Citação editalícia que só se justificaria se houvessem bens arrestados do devedor - Hipótese de reforma do 'decisum' - Recurso provido" (Agravo de instrumento nº 0053197-89.2008.8.26.0000, rel. Des. Jacob Valente, j. 24/07/2008).

No voto condutor deste último acórdão, o douto relator enfrentou a questão quanto à possível realização da citação editalícia em tais casos, concluindo não só pela sua desnecessidade, mas até mesmo inconveniência:

"Alias, reiteradamente se tem negado citação editalícia dos devedores não localizados, a não ser que seus bens tenham sido arrestados. Determinar-se a citação por edital dos devedores sem que se tenha notícia da existência de algum bem que possa ser objeto de constrição viria aumentar ainda mais o dano material do credor, sem qualquer utilidade prática".

4. O mesmo entendimento vem sendo adotado em diversos outros julgamentos desta Corte:

"Ação de execução extrajudicial - Ausência de citação - Devedor não localizado - Bens não localizados - Suspensão do processo - Art. 791, III, do CPC - Situação análoga - Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 0060219-62.2012.8.26.0000, rel. Des. Fernandes Lobo, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 19/04/2012).

"Execução. Pedido de suspensão. Ausência de citação do executado. Inexistência de óbice legal ao deferimento da suspensão. Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 0201889-25.2011.8.26.0000, rel. Des. Luis Carlos de Barros, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 12/12/2011).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução - Decisão que indefere a suspensão da execução - Devedor e bens não encontrados - Suspensão da execução determinada na forma do art. 791, III, do CPC - Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 0011892-86.2012.8.26.0000, rel. Des. Irineu Fava, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 28/03/2012).

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO COM BASE NO ARTIGO 791, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR E DE SEUS BENS - DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA PARA O DEFERIMENTO DA SUSPENSÃO - RECURSO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 0144918-20.2011.8.26.0000, rel. Des. Edgard Jorge Lauand, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 26/07/2011).

Acesso ao Sumário

> "EXECUÇÃO - DEVEDOR E SEUS BENS NÃO LOCALIZADOS APÓS VÁRIAS DILIGÊNCIAS - SUSPENSÃO SEM CITAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 791, III, DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO INADMISSÍVEL - JURISPRUDÊNCIA DO STJ - DECISÃO REFORMADA - AGRAVO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 0012755-76.2011.8.26.0000, rel. Des. Souza Geishofer, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 05/04/2011).

5. Saliente-se que tal orientação guarda estrita sintonia com antigo julgamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> PROCESSO DE EXECUÇÃO. ATIVIDADE DO JUIZ. **Se o exeqüente não consegue citar o devedor** ou penhorar-lhe bens, não é aconselhável que o julgador ponha fim ao processo desde logo. **Cabe-lhe pelo menos suspender-lhe o curso e não extingui-lo**. Recurso não conhecido. (REsp 2329/SP, Rel. Ministro Gueiros Leite, 3ª. Turma, j. 26/06/1990, DJ 24/09/1990, p. 9978; os destaques não são do texto original).

6. Os doutrinadores que enfrentaram a questão também não discrepam desse entendimento.

Mirna Cianci, com apoio em precedente desta Corte (AI 7260774-4, j. 7.7.2008, rel. Des. Roque Mesquita), aponta que o elenco previsto no art. 791 "não se revela *numerus clausus*", e aponta expressamente, como outras possíveis causas para suspensão da execução: os embargos de terceiro, *a não localização do executado*, motivos de força maior e concessão de tutela antecipada em ação rescisória (*Comentários à Execução Civil* (obra em co-autoria com D. Armelin, M. Bonício e Rita Quartieri), Saraiva, 2ª. ed., 2009, p. 437).

Antonio Cláudio da Costa Machado é ainda mais enfático:

> "Admite-se, ainda, a suspensão do processo de execução se o devedor não é encontrado para ser citado, uma vez que, se a falta de bens do devedor justifica a suspensão, também a justificará a falta do próprio titular dos bens" (*Código de Processo Civil Interpretado*, 10ª. ed., Manole, 2011, p. 1164).

7. Diante do exposto, pelo meu voto **dou provimento** ao recurso para autorizar a suspensão da execução, enquanto perdurar o estado de não localização de bens penhoráveis em nome dos executados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2067632-58.2013.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante SISTEMA FÁCIL INCORPORADORA IMOBILIARIA MARÍLIA III - SPE LTDA, é agravada CRISTINA RODRIGUES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22615)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: CONTRATO IMOBILIÁRIO - Construtora que se demitiu da posse do bem, ao pactuar alienação fiduciária com entidade bancária, financiadora da aquisição do imóvel pela agravada - Mesmo assim, recusa em entregar as chaves a esta última, ao fundamento de que haveriam "juros no pé" (juros de obra) a ser ainda pagos - Expediente claramente coativo e ilegal, forma indevida de pressionamento já que nada mais teria a ver com o imóvel, repassado à adquirente; inclusive em relação à posse, então contratualmente transferida - Qualquer direito devendo ser objeto de ação própria, quiçá de cobrança, não havendo direito de retenção qualquer - Entrega das chaves corretamente determinada - Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo contra despacho (a fl. 159) que antecipou tutela, em ação de imissão de posse de imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal. Nas razões de irresignação se sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos.

Efeito suspensivo requerido a fl. 1, pelo despacho de fls. 172/173 veio a ser denegado. Dispensadas as informações do Juízo, a parte contrária contraminutando a fls. 198/200.

É o relatório.

Meu voto nega provimento ao agravo. Fazendo-o, reafirma simplesmente as considerações de início expendidas, a fls. 172/173.

Aqui, como então se assinalou, se está a discutir sobre *juros de obra*, que a construtora pretende haver a fl. 4 e a adquirente entende indevidos. Só que, como forma de pressão, embora terminada a obra, a construtora não entrega as chaves da unidade adquirida pela autora.

Acesso ao Sumário

Age manifestamente contra direito. Pela simples e boa razão de que ***não mais detém a posse sobre o imóvel construído***. Pelo contrato de fls. 80 e seguintes, com cláusula de alienação fiduciária, ficou estabelecido que (cláusula 5ª, a fl. 86) as chaves seriam entregues 60 dias após a conclusão das obras. E, mais, que em razão da garantia fiduciária a posse direta ***era no ato transferida ao comprador***, a indireta à entidade financeira (cláusula 6ª, fl. cit.). De modo que a construtora, aqui, não tem direito a retenção nenhuma.

Que dizer, entendendo sejam devidos os tais *juros de obra* (fl. 4), que os cobre pelas vias de direito. Mas sem reter coisa nenhuma, modalidade de nítida e evidente pressão, forma coativa de forçar o cumprimento da obrigação.

Segue-se o improvimento do recurso, pelo meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044375-04.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que são agravantes CARDIF DO BRASIL VIDA E PREVIDÊNCIA S.A. e BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A., é agravado ANDRE LUIZ OLIVEIRA TEIXEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.090)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2014.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prescrição - Ação de cobrança de indenização securitária, cumulada com indenização por danos morais - Prescrição ânua do art. 206, § 1°, inciso II, alínea "b", do Código Civil - Seguro por motivo de desemprego, vinculado a contratos de empréstimo bancário - Cômputo errôneo desde o aviso prévio - Cômputo a partir da negativa de pagamento da indenização - Princípio da "*actio nata*" - Prescrição rejeitada - Recurso desprovido nessa parte.

Prova - Perícia contábil - Determinação de ofício pelo juiz e custeio a cargo dos corréus - Inadmissibilidade -

Custeio disciplinado pelo art. 33 do CPC - Prova inútil - Pedido certo deduzido pelo autor - Simples cálculos aritméticos, se for caso - Determinação revogada - Recurso provido nessa parte.

VOTO

Exarada r. decisão de saneamento, nos autos de ação de cobrança cumulada com indenização por danos materiais e morais, que o agravado intenta contra a agravante, Cardif do Brasil Vida e Previdência, e os corréus Bradesco Vida e Previdência S/A. e Banco Bradesco S/A., a agravante se insurge contra a rejeição da arguição de prescrição fundada no art. 206, § 1°, inciso II, alínea "b", do Código Civil, visto que a pretensão é sobre contratos de seguro de proteção financeira pactuados simultaneamente com contratos de empréstimo bancário para garantir o adimplemento em caso de desemprego involuntário, entendendo a agravante que o prazo prescricional anual é contado do termo de rescisão, datado de 24 de agosto de 2011, e não da homologação da rescisão. Ainda se insurge contra a determinação de prova contábil e nomeação de perito, ao argumento de que a prova não foi requerida e é desnecessária no caso concreto, não sendo, ademais, o caso de o custeio ficar a cargo dela agravante e dos corréus por força do art. 33 do CPC.

Deferido efeito suspensivo ao recurso, o agravado contraminutou.

É o relatório.

Procede em parte o inconformismo.

É incontroverso que o prazo prescricional no caso concreto, sobre indenização baseada em contratos de seguro, é o anual previsto no art. 206, § 1°, inciso II, alínea "b", do Código Civil, a saber, a pretensão do segurado contra o segurador, contado o prazo da ciência do fato gerador da pretensão.

A recorrente se opõe à r. decisão do juízo de primeiro grau que afastou a arguição de prescrição sob o fundamento de o prazo ter iniciado com a homologação da rescisão do contrato de trabalho no dia 27 de outubro de 2011, advogando que o termo inicial deu-se no dia 24 de agosto de 2011, isto é, coincidiu com a data do aviso prévio providenciado pela empregadora do autor ao provocar a rescisão do contrato de trabalho.

Equivoca-se a recorrente.

Num exame das "Condições Contratuais" reproduzidas a fls. 44/53 e da Apólice reproduzida a fls. 211/216, em que a agravante opera como cosseguradora ao lado da corré Bradesco Vida e Previdência S/A., a cláusula "10.1.3", do capítulo "Documentos Necessários", estipula que entre os documentos, em caso de desemprego involuntário, o segurado deve apresentar *"cópia autenticada do termo de rescisão de Contrato de Trabalho devidamente homologado com a*

Acesso ao Sumário

discriminação das verbas rescisórias".

Já a cláusula "10.1.8" das "Condições Contratuais" e da Apólice estipula que: "*O atraso na entrega da documentação e/ou documentação incompleta poderá acarretar atraso no pagamento da indenização, e os encargos e juros decorridos serão de responsabilidade do Segurado"*.

Pode-se sentenciar que a cópia autenticada do termo de rescisão homologado é ***"conditio sine qua non"*** para o pagamento da indenização.

Em sendo assim, o prazo – se estivesse correta a arguição – iniciar-se-ia da homologação, nunca antes, do contrário o segurado estaria sendo instigado a apresentar documento ainda inexistente.

A homologação ocorreu no dia 27 de outubro de 2011, conforme cópia reproduzida a fls. 55, e no dia 18 de outubro de 2012, antes de completado um ano, o agravado encaminhou-a por intermédio da empresa de correios (fls. 58).

Acresce que é errônea a arguição de prescrição por esse enfoque, pois o prazo iniciou-se com o indeferimento administrativo da indenização.

Dispõe o art. 189 do Código Civil que nasce para o titular de um direito a pretensão desde o momento da violação.

O enunciado n. 14 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, é no sentido de que: a) *"o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo"*; b) *"o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou de obrigação de não fazer"*.

Antônio Luís da Câmara Leal já doutrinava que: *"Tendo por fim proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce a sua atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera,* ***'jus oritur ex facto'****; e a ação da violação por ele sofrida. Enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular"*. E concluía: *"Ora, sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada, em virtude da violação do direito. Daí a sua primeira condição elementar: existência de uma ação exercitável. É a* ***'actio nata'*** *dos romanos"* ("Da Prescrição e da Decadência", Ed. Forense, 1978, 3ª ed., atualizada por José de Aguiar Dias, págs. 21-22, n. 14).

Ponderando sobre a prescrição como um fenômeno objetivo e também subjetivo, que tem início no fato da violação e no conhecimento dessa violação pelo titular do direito violado, Câmara Leal professava que: *"Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à*

Acesso ao Sumário

negligência do titular - ***'cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt'*** - *, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação... Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada* - ***'ad impossibilia nemo tenetur'***" (ob. cit., pág. 23, n. 16).

"***In casu***", a violação se deu no momento em que a seguradora se negou ao pagamento da indenização, mais exatamente no dia 31 de outubro de 2012 (fls. 33, ou fls. 22 do processo).

Protocolizada a pretensão no dia 21 de fevereiro de 2013, ao ser distribuída a ação de cobrança, é translúcido que a prescrição não se completou.

No que se refere à prova ordenada pelo juízo, além de inútil, o custeio não pode ser atribuído à agravante e aos corréus.

A inversão do ônus da prova, como preconizada no Código de Defesa do Consumidor, não significa inversão do custeio.

O custeio de prova é disciplinado pelo art. 33 do Código de Processo Civil. A remuneração do perito será paga pelo demandante que houver requerido o exame, ou pelo autor quando determinado de ofício pelo juiz.

Logo, determinada a prova pelo juiz, ao autor incumbe o custeio, não fosse o fato de que a prova é desnecessária.

O autor-agravado, consoante a petição inicial da ação, deduziu pedido certo, líquido, de R$ 7.473,05 a título de dano material (fls. 29).

Se existe controvérsia sobre o ***"quantum"***, simples cálculo aritmético será suficiente, feito o decote de verbas em excesso.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, a fim de revogar a r. decisão na parte que ordena prova pericial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070970-40.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MORADA EDUARDO PRADO, é agravado KELLY LUCY FURLAN PINA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.540)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA E CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 14 de março de 2014.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. Acordo no âmbito judicial constituindo título executivo com eficácia executória. Descumprimento que determina o início da fase de cumprimento de sentença. Desnecessária a intimação pessoal da agravada para o cumprimento da obrigação, para aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil, eis que a avença foi assinada pessoalmente pela devedora a qual detém conhecimento de todos os valores devidos. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MORADA EDUARDO PRADO** contra a r. decisão proferida nos autos da ação de cobrança movida contra **KELLY LUCY FURLAN PINA**, que determinou a intimação da devedora para pagamento do débito no prazo de quinze (15) dias, nos termos do art. 475-J do CPC.

Sustentou, em síntese, que o prazo para pagamento, em se tratando de réu revel, conta-se do trânsito em julgado, sendo desnecessária qualquer intimação; que o acordo homologado contém cláusula que dispensa a intimação prévia para pagamento na hipótese de descumprimento; que segundo as regras do cumprimento de sentença a intimação do réu revel somente é necessária quando da avaliação.

Às fls. 163/164 foi indeferido o efeito suspensivo.

Não houve manifestação quanto ao julgamento virtual.

É o necessário relatório.

O presente recurso tem como escopo a modificação da decisão que determinou a intimação pessoal da agravada para efetuar o pagamento do débito no prazo de quinze (15) dias, conforme estabelecido no art. 475-J do Código de Processo Civil.

No caso em testilha, a homologação da transação resultou na extinção do processo com resolução de mérito, a teor do que preceitua o art. 269, III, do Código de Processo Civil, constituindo título executivo judicial e, portanto, com

Acesso ao Sumário

eficácia executória.

Verifica-se que, no caso, mostra-se desnecessária a intimação para cumprimento do artigo 475-J do Código de Processo Civil, tendo em vista que não se trata de início da execução do julgado, mas sim de descumprimento de acordo homologado judicialmente, sendo certo que todos os valores são de conhecimento da agravada, máxime em se considerando que ela assinou a avença pessoalmente (fls. 151) e, inclusive, efetuou o pagamento da primeira parcela.

Ressalte-se, ainda, que na cláusula avençada à fls. 150, item 05, ficou estabelecido que a executada dispensava qualquer intimação prévia para pagamento na hipótese de descumprimento do pacto.

Pertinente o seguinte precedente: *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança de débitos condominiais - Decisão recorrida que determinou ao autor-exequente a indicação do endereço de um co-executado, visando sua intimação pessoal, em cinco dias, por não estar representado por Advogado - Inconformismo - Acolhimento - Desnecessária a intimação do executado que descumpriu acordo homologado judicialmente - Executado que subscreveu a petição de acordo, com expressa dispensa de futura intimação - Incidência do artigo 475-J, do Código de Processo Civil - Decisão reformada - Recurso provido"*[1].

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006341-23.2014.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que são agravantes IARA GALVÃO GUAZZO, SOLANGE GUAZZO RIZZO e HERA INTELIGÊNCIA IMOBILIÁRIA LTDA, é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28018)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2014.

RUI CASCALDI, Relator

1 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (09ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 0301754-89.2009.8.26.0000. Rel. Des. Viviani Nicolau. J. 01/06/2010.

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTROS PÚBLICOS - Decisão que não conheceu pleito de re-retificação de matrículas de imóvel, ante a prolação anterior de sentença de mérito já transitada em julgado - Alegação de erro no memorial elaborado pelo agrimensor e homologado pelo juízo - Demanda de natureza voluntária - Sentença proferida que se reveste apenas de coisa julgada formal - Desnecessidade de rescisória - Inteligência do art. 1111 do Código de Processo Civil - Pleito que merece ser conhecido pelo juízo *a quo* - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de retificação de área, não conheceu de pedidos de re-retificação da descrição e metragem das áreas denominadas "Gleba A" e "Gleba C", matriculadas sob os nºs 37195 e 37197, respectivamente, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Roque - SP. Entendeu o magistrado de primeiro grau que a ação já estava sentenciada, inclusive já ocorrido o trânsito em julgado.

Recorrem as autoras, sustentando, em síntese, que foi constatada a existência de erros quanto à descrição e à metragem da "Gleba A" e quanto à numeração das divisas relativas à "Gleba C", em razão de equívoco do agrimensor. Afirmam que o trânsito em julgado da sentença não impede a apreciação do pleito, por força do disposto nos arts. 463, I, e 1111 do Código de Processo Civil. Pugnam pelo exame da questão pelo juízo *a quo*.

Recurso processado sem resposta.

É o relatório.

Consiste o feito de origem em demanda na qual se pleiteou a retificação do registro referente ao imóvel matriculado sob o nº 1154 do CRI de São Roque, tendo em vista que a área fora seccionada em virtude de abertura de via pública, dando origem a três glebas de terra distintas e delimitadas entre si. O juízo *a quo* julgou procedente a ação para determinar a almejada retificação registral, de acordo com memorial descritivo e planta apresentados nos autos principais (fls. 57-59). A sentença transitou em julgado em fevereiro de 2013.

Posteriormente, as demandantes atravessaram nos autos petitório, alegando, basicamente, que ao tentarem obter aprovação de projeto de construção para as glebas A e C, constataram erros de descrição e metragem, ocorridos em razão de lapso do agrimensor que atuou no feito, não percebidos pelo juízo. Apresentaram novo memorial descritivo. Pugnaram, assim, pela re-retificação

Acesso ao Sumário

das mencionadas glebas, determinando-se a expedição de novo mandado à serviço de registro imobiliário, para averbação das novas descrições (fls. 62-70).

Sabe-se que a ação para a retificação de registro imobiliário não tem natureza contenciosa, razão pela qual a sentença proferida não faz coisa julgada material.

Neste sentido, leciona Nelson Nery Júnior:

"*Apenas de coisa julgada formal se reveste a sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária. Se fatos posteriores justificarem a alteração do que ficou decidido ou se o juiz, após a prolação da sentença, verificar a ocorrência de alguns dos motivos que em tese autorizariam rescisória, de ofício ou em virtude de requerimento da parte pode fazer os reparos que julgar necessários. A sentença proferida nos procedimentos de jurisdição voluntária não precisam, por isso, da ação rescisória para sua alteração, sendo carecedor da ação aquele que intentá-la para esse fim*" *(Código de Processo Civil Comentado,* 10ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 1255).

Logo, o fato de a sentença de procedência ter transitado em julgado não impede, por si só, a apreciação do pleito de re-retificação.

Assim, tendo sido constatado, em ocasião superveniente à sentença, que o teor dos registros das glebas ainda não correspondia à realidade, possível a reclamação por nova retificação, inobstante a prolação de decisão definitiva, por força do disposto nos arts. 212 e 213 da Lei nº 6015/1973 (Lei de Registros Públicos) e no art. 1111 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso, para determinar a apreciação meritória pelo juízo *a quo* dos referidos pleitos de re-retificação de matrículas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046500-42.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante DEMETRE GEORGES MARKAKIS, são agravados JEAN MARKAKIS e THEONYMFI DROUGKAKI.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1681)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ

Acesso ao Sumário

MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: DEFESA DE BENS DO ESPÓLIO. RESERVA DA PARTE CABENTE ÀQUELE NOS BENS E RESULTADOS DA EMPRESA. ADMINISTRADOR JUDICIAL. PODERES AMPLOS DE GESTÃO SEM DESTITUIÇÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES DA EMPRESA. DIMINUIÇÃO DE SEU CAMPO DE ATUAÇÃO. SOMENTE PARA O QUE CONCERNE AO OBJETO DA AÇÃO. Insurgência contra decisão, reafirmada por embargos de declaração, que manteve decisão anterior que aumentou o poder de gerência do administrador já anteriormente nomeado, estabelecendo que este: (i.) vise os cheques emitidos pela empresa requerida; e (ii.) participe dos demais atos de gestão da empresa, exercendo verdadeira administração judicial, até que se solucione a questão da partilha. Primeiro ponto não impugnado.

1. Preliminares. Conversão em retido. Impossibilidade. Essencial análise em instrumento dos poderes concedidos ao administrador. Ausência de interesse recursal. Não verificação. Razões do recurso apontam inconformismo com decisão recorrível, em relação à qual o agravante foi vencido. Alegação de decisão sem oitiva de todas as partes, o que a tornaria nula. Ausência de prejuízo. A decisão em sede de tutela antecipada pode ser modificada a qualquer momento, sem necessidade de consulta às partes.

2. Mérito recursal. Má-fé. Inexistência em face do interesse recursal verificado, além de não comprovadas as demais alegações de má-fé. Apesar de interposição de três agravos com o mesmo pedido, advêm de partes distintas. Administrador com poderes para influir em atos de gestão. Decisão que extrapola limites do processo. Desnecessidade de intervir nos atos empresariais diretamente ligados ao escopo da empresa. Pedidos da exordial que clamam pela

Acesso ao Sumário

garantia e transparência da movimentação financeira e destinação dos lucros, somente. Inexistência de indícios de desvio do objeto social. Laudo nesse sentido. Necessária, todavia, por ora, a ampliação dos poderes que o administrador judicial detinha antes da decisão recorrida. Decisão reformada para limitar poderes concedidos pelo *decisum*, mantendo, todavia, o indicado no cargo de administrador. Limitação de seus poderes à fiscalização do cumprimento da tutela antecipada e a visar os cheques emitidos, em controle à transferência de recursos financeiros e lucro, a qualquer título, a quem quer que seja. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de páginas 71 e 72 - reafirmada por decisão de Embargos de declaração de pg. 73 e 74 - que, em ação ordinária, aumentou o poder de gerência do administrador já anteriormente nomeado, estabelecendo que este: (i) vise os cheques emitidos pela empresa requerida; e (ii) participe dos demais atos de gestão da empresa, exercendo verdadeira administração judicial até que se solucione a questão da partilha.

Pleiteia o Agravante a reforma do *decisum* alegando, em síntese, que não houve oportunidade de ser ouvido antes de ser proferida a decisão, tendo somente o agravado Jean se manifestado; que as contas do perito, quanto ao crédito a ser depositado na conta judicial, estão equivocadas, ou seja, que não há crédito algum; que o restante do laudo é favorável e que denota a correta administração da empresa; que a administração judicial tem caráter excepcional, alegando o princípio da intervenção mínima, posto que aos agentes econômicos é dado escolher seus administradores; que os pedidos de intervenção maior na empresa extrapolam o que foi pedido na inicial. O pedido final requer que se torne sem efeito a nomeação do *expert* para administrar a sociedade KRHTEL.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (pg. 2.103).

Houve pedido de reconsideração (pg. 2.118 a 2.125), e despacho negando-o (pg. 2.126).

Apresentada contraminuta (pg. 2.087/2.100 e 2.107/2.116).

Na pg. 2.124, o agravado G.M. se absteve de oferecer contraminuta, concordando com as razões do agravante.

Encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Preliminares

Acesso ao Sumário

Preliminares alegadas em contraminuta estão relacionadas à **conversão do agravo em retido**, à **ausência de interesse recursal/preclusão** e ao **cerceamento de defesa**.

A matéria discutida no agravo não comporta conversão em retido, pela evidente necessidade de um posicionamento acerca da adequação ou não dos poderes concedidos ao administrador, para que este atue na empresa até nova decisão judicial.

Existe interesse recursal.

Vale ressaltar, primeiramente, que a nomeação do administrador, para **assegurar** o cumprimento da antecipação de tutela e **fiscalizar** os atos da empresa relacionados ao cumprimento da tutela antecipada, está preclusa, posto que essa decisão é de 2012 (pg. 1.054/1.055, complementada por decisão de pg. 1.104 a 1.106).

Este agravo pretende tornar sem efeito a nomeação, como um todo, e realmente neste agravo não se pode julgar a viabilidade de sua destituição das funções atribuídas pela decisão supracitada, ou seja, de análise da contabilidade, de verificar e assegurar o cumprimento da tutela antecipada, que devem continuar sendo exercidas.

No entanto, o teor das razões do agravo levam a entender que há insatisfação relacionada à ampliação do poder de atuação do profissional na administração da empresa, advinda da decisão recorrida, de pg. 2.016, a qual prevê que o *expert* "*vise os cheques emitidos pela empresa requerida, além de participar dos demais atos de gestão da empresa, exercendo verdadeira administração judicial sobre a referida empresa, até que se solucione a questão da partilha*".

De fato, tal decisão inova, sendo passível de recurso, havendo, portanto, pleno interesse recursal do agravante.

O fato de a decisão ter sido proferida sem ouvir todas as partes quanto ao laudo, no entanto, não a torna nula, pois não causou prejuízo às partes envolvidas. As decisões decorrentes de tutela antecipada podem ser reformadas a qualquer tempo, caso entenda necessário o Juízo.

Mérito

A irresignação da agravante merece acolhida em parte, nos termos desse acórdão.

Primeiramente, quanto à alegação de má-fé do agravante, ela não resta comprovada.

Há interesse recursal, conforme exposto acima. Não se verifica serem as razões do presente recurso protelatórias. Embora tenha havido interposição de três agravos contendo o mesmo pedido, ora em julgamento conjunto, eles foram interpostos por partes distintas no processo, exercendo, cada uma, sua faculdade

recursal, não se podendo presumir a litigância de má-fé.

Tendo em vista os esclarecimentos acima, resta julgar o inconformismo do agravante no que tange à ampliação do poder do administrador, que antes atuava somente com escopo fiscalizatório do cumprimento da liminar e na análise de documentos, tendo passado a atuar, após a decisão recorrida, como verdadeiro administrador judicial, participando dos atos de gestão e visando os cheques da empresa.

Cabe mencionar, ante a acirrada litigiosidade entre as partes, bem como a assimetria de poderes delas na empresa, que a decisão relacionada a visar os cheques emitidos é adequada e razoável, não havendo, a respeito, sequer impugnação por parte do agravante.

Pois bem. O cerne da questão, o fato de a decisão tornar o perito um administrador judicial da empresa, sem destituir os anteriores, será tratado a seguir.

O objeto da ação (cf. pedido copiado na página 112) se limita a questionar a destinação dos recursos financeiros e lucros da empresa, no que diz respeito às cotas sociais da empresa Khrtel, da qual é meeira a falecida Sra. Marie Georges Demetre Markaki. Isso porque alguns dos herdeiros da Sra. Marie não administram a empresa e querem garantir a sua quota-parte e respectivos frutos.

Não se trata, portanto, de ação objetivando análise de eventual desvio de finalidade social pelas atitudes dos administradores, nem mesmo questionar a adequação do trabalho a ser realizado pela administração da empresa no que tange ao seu objeto social, que é a administração de imóveis da família.

Trata-se sim de ação que visa a resguardar o patrimônio/lucro decorrente da parcela de cotas sociais pertencentes a cada um dos herdeiros que não fazem parte da administração da empresa. Garantir, assim, que não haverá desvio do dinheiro por parte dos administradores e sócios.

Ampliar os poderes do perito/administrador para participar de forma ativa da gestão da empresa, de modo a influir na condução dos atos empresariais diretamente relacionados ao escopo da empresa não adentra no poder que o Juízo possui para garantir a satisfação provisória dos pedidos da exordial (art. 128, Código de Processo Civil), pois extrapola os limites da lide. Ademais, tal medida não se vê necessária para assegurar o cumprimento da liminar, por ora, pois o laudo é claro no sentido de estar a finalidade da empresa sendo cumprida.

Com relação ao acerto da conta elaborada pelo perito, precoce seria pronunciamento sobre tal aspecto sem que antes tenham sido prestados por ele os esclarecimentos necessários. Fica a cargo do juízo de primeira instância a averiguação da questão.

No entanto, leva-se em consideração o cálculo elaborado por este. A magnitude do crédito que considera haver pendente a ser depositado em conta

Acesso ao Sumário

judicial exige cautela e, por ora, vê-se necessário aumentar sim os poderes do administrador nomeado, sem, no entanto, invadir áreas da administração que não fariam sentido. Isso porque o laudo não aponta quaisquer outras irregularidades nas atividades da empresa.

Dessa forma, tendo em vista o papel fiscalizatório do administrador, já estipulado por decisão anterior e preclusa (pg. 1.054/1.055), deve o perito, além disso, atuando como administrador judicial, zelar pelo cumprimento da tutela antecipada, cabendo-lhe também visar os cheques emitidos, em controle à transferência de recursos financeiros e lucro, a qualquer título, a quem quer que seja.

Assim, caso haja, como alegado, elaboração de contratos de empréstimo realizado entre a empresa e seu sócio, o administrador poderia interferir, já que não haveria motivação para a celebração deste contrato, de acordo com o objeto social da empresa. Ou seja, a reforma da decisão não impede que o administrador nomeado aponte eventual ato que não se conforme com os objetivos da empresa.

Seu poder, portanto, continua mais amplo que anteriormente, pois não irá somente verificar o cumprimento da tutela antecipada, mas visar os cheques em controle à transferência de recursos financeiros.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao agravo para, mantido o administrador judicial, limitar seus poderes à fiscalização do cumprimento da tutela antecipada e visar os cheques emitidos, em controle à transferência de recursos financeiros e lucro, a qualquer título, a quem quer que seja.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006181-95.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado ALCIDES MARQUES GOMES.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.754)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), SIMÕES DE VERGUEIRO E MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento - Ação ordinária de cobrança - Exibição de documentos incidental - Inaplicabilidade de fixação de multa por inadimplemento - Não incidência do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, mas, oportunamente, se o caso, do art. 359, I do mesmo *codex* - Exclusão, por ora, da possibilidade de fixação da multa determinada - Recurso provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação de cobrança, determinou a apresentação, no prazo de 20 dias, de planilha de evolução dos depósitos e saques realizados pelo autor, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que não prospera a preliminar de não conhecimento do recurso, uma vez que, a despeito de as razões recursais estarem, **em parte**, dissociadas da r. decisão guerreada, verifica-se ter o recorrente, às fls. 07/13, discorrido especificamente acerca do não cabimento da multa cominatória na hipótese de exibição incidental de documentos, bem com requerido, subsidiariamente, a redução da multa aplicada.

No mais, saliente-se que a despeito de o agravante não ter carreado aos autos a cópia da decisão agravada, o documento de fls. 44 demonstra que o MM. Juízo "a quo" determinou a apresentação, no prazo de 20 dias, de planilha de evolução dos depósitos e saques realizados pelo agravado, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Assim, versando o presente recurso, tão somente, sobre a fixação da multa e a não concessão de prazo razoável para atendimento da determinação judicial, é de se considerar atendido o art. 525, I do Código de Processo Civil, no que toca à juntada da decisão agravada.

Ainda, o ofício de fls. 44, expedido em 08 de janeiro do corrente ano, é suficiente para demonstrar a tempestividade do agravo de instrumento protocolado em 17 de janeiro.

Nesse trilho, impõe-se a análise do mérito recursal.

Concernentemente ao prazo de 20 (vinte) dias para a exibição, é de se o considerar suficiente, posto que, em tese, a estrutura administrativa do réu permite tal busca no aludido lapso temporal.

Acesso ao Sumário

Quanto à multa por inadimplemento, é de se observar ser inaplicável, à espécie, a regra do art. 461, § 4º, da lei de rito, porque incidente em consonância com o "caput" do mesmo dispositivo, ou seja, "***na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer***".

Ademais, na hipótese de exibição de documentos, incidental, como é a espécie ora em discussão, há de se considerar que o art. 359, I, da lei processual trouxe a previsão correspondente, devendo, na fase oportuna, ser objeto de apreciação em Primeiro Grau, de sorte que a multa cominatória fixada na r. decisão deve ser afastada.

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "***a ordem de exibição de documentos deu-se, portanto, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança e encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêem multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa***.

O descumprimento da ordem incidental de exibição de documentos (CPC, art. 355), ônus processual, poderá ter consequências desfavoráveis ao réu, reputando-se como verdadeiros os fatos que se pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), o que será avaliado pelo Juiz da causa, ao prolatar a sentença, com base nas alegações das partes e no conjunto probatório" (AgRg no Ag 1179249/RJ, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, data do julgamento: 14/04/2011).

Destarte, para o fim de afastar a multa cominatória, é de rigor o decreto de acolhida das razões recursais, impondo-se a reforma da r. decisão guerreada.

Isto posto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso. Oficie-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0120927-44.2013.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante OBRADEC RECURSOS HUMANOS LTDA. (DENOMINAÇÃO ATUAL OBRADEC MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA LTDA.), é agravado MARIA ISABEL MIRA BARREIRO.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 13 de março de 2014.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELA RETENÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS - FASE DE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - Decisão que acolheu os cálculos elaborados pela executada, desconsiderando o laudo pericial contábil - Agravada que se retirou da sociedade e permaneceu, indevidamente, na posse dos bens da empresa no período de abril de 1995 a março de 1996 - Condenação ao pagamento das perdas e danos pelo uso indevido dos bens móveis e imóveis, bem como dos valores correspondentes ao IPTU, água, luz e tudo o mais decorrente do uso e manutenção dos bens esbulhados - Perícia contábil apresentou três conclusões - Cálculo da executada não incluiu os aluguéis pelo uso dos veículos, bem como os valores referentes aos aluguéis dos bens móveis, afirmando que estes não existiam - Descabimento - Auto de reintegração de posse, lavrado por Oficial de Justiça, no qual constam, detalhadamente, os bens móveis que foram reintegrados na posse da agravante - Deve ser considerado o valor do aluguel dos bens móveis e imóveis vigentes à época da sua utilização pela agravada, assim como o estado de conservação em que se encontravam por ocasião do esbulho possessório - Cálculo pericial considerou os aluguéis dos bens móveis e imóveis vigentes à época do esbulho, tomando como parâmetro os valores anunciados no jornal referente ao período em questão - Correto o segundo cálculo apresentado pelo perito judicial, pois elaborado de acordo com os critérios determinados no v. acórdão proferido na fase de conhecimento -

Acesso ao Sumário

Recurso provido para fixar o montante da condenação em R$ 461.592,61 (quatrocentos e sessenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos), acrescido de correção monetária e de juros moratórios contados a partir de 30/11/2011 - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra a respeitável decisão cuja cópia se encontra a fls. 77/79 que, em ação de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização pela retenção de bens móveis e imóveis, em fase de liquidação de sentença por arbitramento, declarou, como valor líquido total da condenação, o montante de R$ 108.890,74 (cento e oito mil, oitocentos e noventa reais e setenta e quatro centavos), acrescido de juros e de correção monetária, mas não fixou verba honorária advocatícia.

A agravante alegou, em suma, que se cuidava da liquidação, por arbitramento, da condenação imposta, a título de perdas e danos, no v. acórdão proferido na fase de conhecimento, condenação esta correspondente ao aluguel dos bens móveis e imóveis esbulhados pela agravada, quando de sua retirada da sociedade, ocorrida em 24 de janeiro de 1995.

Segundo ressaltou a recorrente, ela não poderia ser responsabilizada pela ausência de registro no Livro Diário das movimentações da filial, pois os livros e os documentos só retornaram à sua posse no momento em que foi reintegrada na posse daqueles bens, o que impossibilitou qualquer lançamento no referido livro.

Afirmou que, enquanto perdurou o esbulho em questão, não teve acesso aos documentos e operações realizadas em seu nome, de forma ilícita e abusiva, pela agravada.

Tais documentos foram objetos da reintegração de posse e discriminados no respectivo auto. A escrituração apenas se tornaria possível após a reintegração judicial dos documentos esbulhados pela agravada.

As despesas pagas pela agravada foram efetuadas mediante cheques emitidos pela agravante, após a renúncia à sociedade, conforme apurou a perícia. Assim, não se justificava excluir, da condenação, os valores correspondentes a alugueres das linhas telefônicas, cuja titularidade ficou privada no período de janeiro de 1995 a abril de 1996.

Por conseguinte, eram devidos os valores correntes no mercado à época do esbulho, em 1995, e não da avaliação ocorrida em 2009.

Ademais, não poderia ser desconsiderado o valor de R$ 217.889,75 (duzentos e dezessete mil, oitocentos e oitenta e nove reais e setenta e cinco

centavos), pois não se tratava de cálculo para os mesmos bens, mas de aluguel de períodos diferentes, um para o arrendamento, outro para os veículos de sua propriedade, porque, uma vez quitado o *leasing*, consolidou-se a propriedade em prol da arrendatária, ora agravante.

A recorrente ressaltou, ainda, que, à época do esbulho, ficou privada do uso das linhas telefônicas, computadores e móveis da sociedade, sendo, portanto, irrelevante o argumento de que, atualmente, não se alugam mais estes bens.

Requereu, então, o provimento deste recurso, para que fosse fixado o valor da condenação em R$ 427.989,34 (quatrocentos e vinte e sete mil, novecentos e oitenta e nove reais e trinta e quatro centavos), relativamente às perdas e danos, relegando, para cálculo aritmético, o cômputo da sucumbência. Alternativamente, postulou o acolhimento do cálculo elaborado pelo perito no valor de R$ 461.592,61 (quatrocentos e sessenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos), neste caso englobando tudo à data do laudo.

O recurso é tempestivo e veio acompanhado dos comprovantes de preparo (fls. 81/84).

A agravada não apresentou contraminuta (fls. 88).

É o relatório.

Insurge-se a agravante contra a seguinte decisão, cuja cópia se encontra a fls. 77/79:

"Vistos.

Cuida-se de LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA determinada pelo v. Acórdão a fls. 540/543, a fim de: '... serem apuradas em liquidação, por arbitramento, em relação ao período de uso indevido (da notificação até a efetivação da liminar) dos bens imóveis, pagando o valor correspondente ao aluguel, bem como em relação aos veículos e demais equipamentos (bens móveis), seja observado o custo que eles provocaram à autora (leasing), seja pelo valor locativo correspondente (linhas telefônicas, máquinas, móveis e mais equipamentos), além dos valores correspondentes do IPTU, água, luz e tudo o mais decorrente do uso e manutenção dos bens esbulhados, e que foram suportados pela autora' (fls. 542/543).

Para tanto, foi determinada a realização de avaliação (fls. 613/625) e de perícia contábil (fls. 741), cujo respectivo laudo e esclarecimentos vieram aos autos (fls. 769/1.113, 1.144/1.151, 1.163/1.169 e 1.188), tendo as partes se manifestado a respeito (fls. 1.116/1.121, 1.122/1.124, 1.129/1.138, 1.153/1.154, 1.156, 1.171, 1.174/1.179, 1.193 e 1.196/1.198).

É o relatório.

DECIDO.

Primeiramente, cumpre observar que o próprio agir omissivo e ilegal da autora, no que diz respeito à inexistência de livro obrigatório, ou seja, o Livro

Acesso ao Sumário

Diário (fls. 774 e 777), por si só, retira a credibilidade da tese apresentada e põe em dúvida o acerto de suas contas, já que desprovidas da necessária escrituração fiscal.

Além disso, a despeito da ausência de escrituração das contas pagas pela requerida executada, conforme constatou o Perito Judicial, esta teve a cautela de trazer aos autos os comprovantes de quitação (fls. 777), motivo pelo qual o respectivo montante deve ser abatido do saldo da exequente.

De igual forma, no que diz respeito aos veículos, de fato, possui razão a requerida executada, pois há que se levar em conta a depreciação daqueles, o que não foi observado pelo Perito Judicial, de modo que se tomando por base os valores informados pela exequente a este (fls. 792), deve nesse aspecto ser considerado o respectivo montante apresentado por aquela (fls. 1.179).

Por essas razões, levando-se em conta que os importes apurados em relação aos aluguéis dos conjuntos comerciais e os referentes aos demais ônus da sucumbência são idênticos aos obtidos pelo Perito Judicial (fls. 782), deve ser acolhido como valor líquido total da dívida ora exequenda o que apresentado pela executada a fls. 1.179.

Esse valor, a partir de sua apuração, ou seja, dezembro de 2011 (fls. 782), deverá ser corrigido monetariamente em conformidade com a Tabela de Cálculo do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

*Ante o exposto, **declaro** que o **valor líquido** total da condenação determinada v. Acórdão a fls. 540/543, corresponde a R$ 108.890,74 (cento e oito mil, oitocentos e noventa reais e setenta e quatro centavos), que a partir de dezembro de 2011 deverá ser atualizado monetariamente em conformidade com a Tabela de Cálculo do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.*

Sem condenação de sucumbência nesta fase processual, haja vista a continuidade execução e a imprescindibilidade da liquidação da sentença.

Transitada esta em julgado e em sendo necessário, requeira a exequente o que direito em termos de prosseguimento.

P.R.I."

Acesso ao Sumário

A agravante ajuizou contra a agravada ação de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização pela retenção de bens móveis e imóveis, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 25/27, que apenas determinou a reintegração da autora na posse dos bens relacionados na petição inicial, porém rejeitou o pedido de indenização, a título de perdas e danos.

Ambas as partes recorreram, sendo certo que o v. acórdão, xerocopiado a fls. 28/31, deu parcial provimento ao apelo da autora, para reconhecer o seu direito a perdas e danos a serem apuradas em liquidação por arbitramento, conforme dispositivo a seguir transcrito:

"Portanto, a procedência parcial da ação é mantida, mas reconhecendo o direito a perdas e danos, a serem apuradas em liquidação, por arbitramento, em

relação ao período de uso indevido (da notificação até a efetivação da liminar) dos bens imóveis, pagando o valor correspondente ao aluguel, bem como em relação aos veículos e demais equipamentos (bens móveis), seja observado o custo que eles provocaram à autora (leasing), seja pelo valor locativo correspondente (linhas telefônicas, máquinas, móveis e mais equipamentos), além dos valores correspondentes do IPTU, água, luz e tudo o mais decorrente do uso e manutenção dos bens esbulhados, e que foram suportados pela autora.

A sucumbência deve ser integral da ré, por aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC. Os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa." (fls. 30/31).

Como se nota, os parâmetros para o cálculo das perdas e danos foram bem delimitados no referido acórdão de fls. 28/31, a seguir discriminados:

1) O período a ser calculado seria o da notificação da ré até a data do cumprimento da liminar, isto é, de abril de 1995 a março de 1996;

2) Para o uso indevido dos imóveis, dos veículos e demais equipamentos (bens móveis), a ré deveria pagar o valor correspondente ao aluguel dos bens, assim como observar o custo que eles provocaram à autora (*leasing*);

3) A ré foi condenada, ainda, a pagar o valor locativo correspondente às linhas telefônicas, máquinas, móveis e mais equipamentos, além dos valores correspondentes ao IPTU, água, luz e tudo o mais decorrente do uso e manutenção dos bens esbulhados, e que foram suportados pela autora.

Feita a perícia contábil (fls. 40/59), o perito judicial apresentou três cálculos, considerando, no primeiro caso, somente o laudo de avaliação dos imóveis, enquanto que, no segundo cálculo, considerou a tese da requerente e o seu parecer técnico, e, na terceira hipótese, levou em conta os aluguéis do laudo de avaliação elaborado pela perita arquiteta, bem como o seu parecer técnico (fls. 58).

Não obstante tais conclusões, o Meritíssimo Juiz da causa acolheu os argumentos contidos na impugnação apresentada pela ré (fls. 64/70), ao laudo pericial de fls. 40/59, e fixou o valor das perdas e danos em R$ 108.890,74 (cento e oito mil, oitocentos e noventa reais e setenta e quatro centavos).

Entretanto, respeitado o entendimento do douto Magistrado, assiste razão à agravante.

Com efeito, segundo constou da r. decisão agravada, "o próprio agir omissivo e ilegal da autora, no que diz respeito à inexistência de livro obrigatório, ou seja, o Livro Diário (fls. 774 e 777), por si só, retira a credibilidade da tese apresentada e põe em dúvida o acerto de suas contas, já que desprovidas da necessária escrituração fiscal" (fls. 78).

Todavia, é bem de ver que, no laudo pericial, constou expressamente (fls.

Acesso ao Sumário

45):

"1. Possui a autora os livros Diário e Caixa, de 1995 e 1996, devidamente formalizados;

RESPOSTA

Responderemos o quanto perquirido em suas partes:

1. Com relação ao Livro Diário, positiva é a resposta.

As cópias dos termos de Abertura e Encerramento dos Livros Diário dos exercícios de 1995 e 1996 examinados pela perícia foram juntadas no Anexo 02 deste Laudo Pericial Contábil.

2. Quanto ao Livro Caixa, em resposta ao Termo de Diligência a empresa Requerente informou que referidos livros são inexistentes, conforme consta do Protocolo juntado no Anexo 01 deste Laudo Pericial Contábil."

Portanto, constatou-se que a autora possuía o Livro Diário dos exercícios de 1995 e 1996, não possuindo, apenas, o Livro Caixa.

Ademais, a agravante, não poderia efetuar lançamentos nos indigitados livros comerciais obrigatórios porque a agravada estava na posse dos bens da empresa, objeto desta ação de reintegração de posse.

Também constou na r. decisão hostilizada que a executada "teve a cautela de trazer aos autos os comprovantes de quitação (fls. 777), motivo pelo qual o respectivo montante deveria ser abatido do saldo da exequente" (fls. 78).

Entretanto, segundo apurou o "expert", foi a requerente quem apresentou os documentos e não a requerida, ora executada, conforme resposta ao quesito 4 de fls. 777:

"Examinando os registros contábeis do exercício de 1995 (Anexo 05 deste Laudo Pericial Contábil), não foram constatados lançamentos dos pagamentos das contas de condomínio, luz e telefone.

No entanto, a empresa Requerente apresentou à perícia cópias de cheques e o respectivo extrato contendo o débito dos cheques dos pagamentos de algumas contas que foram localizados, conforme documentos juntados no Anexo 04 deste Laudo Pericial Contábil."

Acesso ao Sumário

O Juízo da causa considerou, ainda, que a executada tinha razão ao requerer que se levasse em conta a depreciação dos automóveis (fls. 78). Sucede que, no v. acórdão de fls. 28/31, nada foi deliberado a respeito da depreciação dos veículos. Consequentemente, na fase de liquidação do julgado, não pode ser considerada tal depreciação que não foi objeto da condenação.

Além disto, segundo consta do auto xerocopiado a fls. 15/21, por ocasião da reintegração da autora na posse destes bens, estes estavam "em bom estado de conservação e uso" (fls. 20/21).

Quanto aos demais bens móveis, a r. decisão recorrida nada mencionou sobre eles, tendo acolhido integralmente o cálculo apresentado pela executada, que, no caso, considerou, a título de aluguel dos imóveis, o valor de R$ 26.183,48

(vinte e seis mil, cento e oitenta e três reais e quarenta e oito centavos), e atribuiu, ao *leasing* dos veículos, o montante de R$ 61.928,82 (sessenta e um mil, novecentos e vinte e oito reais e oitenta e dois centavos). Acrescentou, ainda, os honorários advocatícios e as custas processuais, nas quantias de R$ 21.014,19 (vinte e um mil, quatorze reais e dezenove centavos) e de R$ 4.764,25 (quatro mil, setecentos e sessenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), respectivamente, o que totalizou R$ 108.890,74 (cento e oito mil, oitocentos e noventa reais e setenta e quatro centavos).

Como se nota, não foram incluídos os valores referentes aos aluguéis dos bens móveis, tal como havia sido determinado no v. acórdão de fls. 28/31.

É certo que, na impugnação apresentada pela ré, há informação de que a perita arquiteta Sônia Elisabete, a qual avaliou os imóveis e apresentou o laudo de fls. 34/37, afirmou a inexistência de bens móveis quando da vistoria dos imóveis (fls. 66). Contudo, essa afirmação contraria o auto de reintegração de posse de fls. 15/21, lavrado pelo Oficial de Justiça em 11 de março de 1996, no qual constam, detalhadamente, os bens móveis que foram reintegrados na posse da agravante.

Demais disto, o cálculo da executada somente considerou o custo do "*leasing*" dos veículos (fls. 69), não incluindo os aluguéis pelo uso destes bens, tal como foi determinado no aludido acórdão.

Ressalte-se que, ao contrário do alegado pela agravada, em sua impugnação, não há que se falar em *bis in idem*, pois, como bem argumentou a recorrente nas suas razões recursais, trata-se de aluguéis "de períodos diferentes, um para o arrendamento, outro dos veículos de propriedade agvte, exequente, porque, como cediço, quitado o 'leasing', consolidara-se a propriedade ao arrendatário, no caso, em favor da agvte.-credora" (fls. 5).

De fato, tal controvérsia foi bem esclarecida pelo perito Arles Denapoli (fls. 55/56):

"2.2.I) Quanto aos veículos, examinando os documentos apresentados à perícia (Anexo 07 deste Laudo Pericial Contábil), constatou-se que, no período de abril a dezembro de 1995, a empresa Requerente pagou parcelas de leasing dos veículos Uno - BST6754 e Uno - BST6755. Tendo em vista que o contrato de leasing referia-se a 06 veículos, os valores das prestações mensais foram apropriados para 02 veículos, ou seja, as prestações foram divididas por 06 e multiplicadas por 02.

(...)

2.2.o) Quanto aos demais veículos, Apolo - BFH 7398 e Gol - BFH 9055, examinando os documentos apresentados à perícia (Anexo 08 deste Laudo Pericial Contábil), constatou-se que, em abril de 1995, os contratos de leasing já estavam quitados e seu registro estava em nome da empresa Requerente. Por essa razão, a título de aluguel destes veículos, foi considerado o valor

Acesso ao Sumário

mensal de R$ 1.200,00, cujo valor diário de R$ 40,00 é inferior aos valores anunciados no Jornal O Vale do Paraíba, de 06 de maio de 1995 (fls. 664 dos autos). Ressalva-se que nos meses de janeiro a março de 1996 foi incluído (sic) os veículos Uno - BST6754 e Uno BST - 6755 na proporção dos valores do aluguel, tendo em vista a quitação do contrato de leasing ocorrida em dezembro de 1995."

Bem por isso, o perito elaborou cálculo relativo às parcelas pagas pela arrendatária, por conta deste "*leasing*", durante o período em que os veículos permaneceram na posse da ré, no valor total de R$ 61.928,82 e outro cálculo relativo aos aluguéis, cujo arrendamento estava quitado, no valor total de R$ 217.889,75, relativo ao período em que foi utilizado pela ré (fls. 57).

Assim, quanto aos veículos cujo arrendamento já havia sido quitado, à época em que ocorreu o esbulho, deve ser calculado tão somente o aluguel referente ao tempo em que foram utilizados pela agravada.

Quanto aos demais automóveis não quitados, deve ser considerado o valor do "*leasing*" para o período em que ainda não estava quitado, bem como o valor do aluguel dos automóveis para o período após a quitação.

Portanto, deve-se considerar o valor do aluguel dos bens móveis e imóveis vigentes à época da efetiva utilização pela agravada, assim como o estado de conservação em que se encontravam quando da posse indevida pela agravada.

Feitas essas considerações, correto o segundo cálculo apresentado pelo perito judicial, no valor total de R$ 461.592,61, abrangendo: aluguel dos conjuntos comerciais; despesas relativas a condomínio, luz e telefone; aluguel de linhas telefônicas; aluguel de demais equipamentos; reembolso de parcelas de "*leasing*" dos veículos; aluguel de veículos; honorários advocatícios e custas processuais da fase de conhecimento da ação (fls. 57). Este cálculo foi elaborado de acordo com os critérios determinados no v. acórdão, considerando os aluguéis dos imóveis e dos bens móveis vigentes à época do esbulho, tomando como parâmetro os valores anunciados no jornal O Vale do Paraíba referente ao período em questão.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, em remate, não ser cabível o arbitramento de verba honorária advocatícia, na fase da liquidação por arbitramento, conforme proclamou o Superior Tribunal de Justiça, no seguinte precedente:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Os honorários advocatícios como parcela autônoma em processo de liquidação de sentença não é cabível, sob pena de incursão em *bis in idem*, porquanto são arbitrados por ocasião da prolação da sentença nos autos da ação principal. Precedentes: REsp 166.076-MG, Relator Ministro SÁLVIO DE

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta turma, DJ de 27 de março de 2000; REsp 182.751-MG, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 24 de abril de 2000; REsp 39.371-RS, Relator Ministro NILSON NAVES, Terceira Turma, DJ de 24 de outubro de 1994.

2. Destarte, a sentença proferida em sede de liquidação por arbitramento não atende ao comando da norma prevista no art. 20 do CPC, já que apenas atribui ao julgado inicial liquidez, para que possa ser executado, não tendo o condão de definir vencedor e vencido.

3. A *ratio essendi* do art. 20 do CPC é obrigar aquele que deu causa à lide a arcar com os custos dela decorrentes, devolvendo ao vencedor sua situação econômica anterior à contenda judicial.

4. Recurso Especial provido" (REsp 909567/SP - Recurso Especial 2006/0271257-0 - Relator: Ministro LUIZ FUX - Primeira Turma - Data do Julgamento: 03/04/2008 - Data da Publicação/Fonte: DJe 30/04/2008).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para fixar o montante da condenação em R$ 461.592,61 (quatrocentos e sessenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos), incluindo os valores das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na fase de conhecimento, quantia esta acrescida de correção monetária e de juros moratórios contados a partir de 30 de novembro de 2011 (fls. 56).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023951-04.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLARO S/A, é agravado JOSÉ PEDRO DE LIMA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.003)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente), KIOITSI CHICUTA E LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 27 de março de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais. Impugnação da executada rejeitada pela r. decisão agravada. Correção da medida. Redução de multa cominatória pelo descumprimento

Acesso ao Sumário

da determinação. É possível a redução das *astreintes* de ofício pelo juiz, quando fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade ou quando se tornam exorbitantes, atingindo também a exclusão de sua correção. Exegese do artigo 461, § 6º, do CPC. Ausência de violação da coisa julgada. Condenação ao pagamento das *astreintes* até o limite de R$ 30.000,00. Honorários advocatícios que não incidem sobre tal verba. Agravo provido, com observação.

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento extraído dos autos da ação de indenização por danos morais, ora em fase de execução, promovida pelo agravante em face da agravada, contra a r. decisão copiada a fls. 143/144, que rejeitou a impugnação ao cumprimento da sentença.

Alega a executada, em síntese, que o valor a que foi condenada relativo à multa pelo descumprimento da decisão judicial antecipatória da tutela importa na quantia de R$ 357.779,00, valor este exorbitante, motivo pelo qual quer sua redução ou conversão em perdas e danos. Assevera que quando foi citada para o cumprimento da decisão, não mais se tratava de uma obrigação possível por ter transcorrido prazo de um ano entre os problemas havidos com o autor e a efetiva intimação da ré para o cumprimento.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 25).

Concedi efeito suspensivo ao recurso (fls. 147).

Resposta do agravado (fls. 150/159).

É o relatório.

O recurso merece parcial acolhida, conforme passo a expor.

Prevê o artigo 461, § 6º, do CPC:

"O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".

Segundo o doutrinador **João Batista Lopes**, em sua obra "**Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**":

"Dentre os instrumentos postos à disposição do jurisdicionado para tornar efetivo o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer ressalta-se a multa diária, cujo caráter coercitivo é posto em relevo pela doutrina. Com a multa diária, pretende-se compelir o devedor a cumprir sua obrigação, o que torna patente que ela não tem natureza punitiva, nem compensatória. Inspirada nas astreintes do direito francês, tem o escopo de influir no espírito do devedor para convencê-lo de que o melhor caminho é o cumprimento da obrigação, pois

Acesso ao Sumário

a negativa acarretará sério desfalque patrimonial.

Em síntese perfeita, JEFFERSON SANTOS MENINI assevera:

"A partir desse caráter coercitivo, resultam as seguintes consequências: (i) a multa diária pode ser cumulada com a indenização dos prejuízos decorrentes do não cumprimento da obrigação consagrada no título, tendo em vista a independência de qualquer finalidade ressarcitória; (ii) a multa diária pode ser imposta mesmo na ausência total de qualquer prejuízo para o autor, pois a sua incidência tem como foco o desrespeito e o descumprimento de ordem judicial; (iii) o valor da multa não se vincula ao montante do prejuízo causado pela inexecução da obrigação".

...

Questão mais complexa concerne ao valor da multa diária. À míngua de critério objetivo, deve entender-se que seu *quantum* tem de ser suficiente para convencer o réu a cumprir a obrigação. Assim, sua fixação não está limitada ao valor da obrigação, porque se este for baixo ou se o devedor for pessoa abastada, a multa diária poderá revelar-se inidônea a atingir seu escopo principal, qual seja o convencimento do devedor.

Tem-se afirmado que o valor da multa deve ser elevado, para ter o condão de alcançar seu objetivo, ou seja, compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. A assertiva exige explicação: quando se alude a valor elevado não se tem em consideração simplesmente a expressão econômica ou numérica, mas sim quantia suficiente para o fim a que se destina. Portanto, valor elevado é um conceito relativo: deve-se levar em consideração a condição econômica do devedor, que poderá ser um hipossuficiente. Voltamos, portanto, ao ponto de partida: o que importa é a fixação de valor suficiente para convencer o obrigado a cumprir a decisão judicial. Diante disso, se o valor se mostrar insuficiente, o juiz poderá alterá-lo para mais; e, se verificar que é excessivo, alterá-lo para menos, como estatui o § 6º, do citado art. 461: "O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva" **(in pág. 168/170. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009).**

Nem há que se falar que a alteração do valor ofende a coisa julgada.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que é possível a redução das *astreintes*, sem importar em ofensa à coisa julgada, quando fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade ou ainda, quando se tornam exorbitantes, limitando-se o total devido para se evitar o enriquecimento sem causa à parte.

Vejamos:

"I.d Redução do valor fixado a título de astreintes e aplicação do princípio da proporcionalidade

A recorrente foi parcialmente vencida em ação revisional de contrato de arrendamento mercantil. Naquela ação, determinou-se a retirada do nome da recorrida no cadastro do SISBACEN. Para compelir a ré a cumprir

Acesso ao Sumário

o mandamento judicial, estipulou-se, a título de astreintes, multa diária de R$ 200,00 em fevereiro de 2003. Essa multa é o objeto da ação de cobrança que deu origem ao presente recurso especial.

A finalidade da multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, a multa não pode se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa. O processo deve ser um instrumento ético para a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça, sendo vedado às partes utilizá-lo para obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.

Ao contrário do que entendeu o TJ/RS, o valor a que chegou a multa aplicada (aproximadamente R$ 300.000,00) é sensivelmente alto. O enriquecimento indevido é evidente, pela desproporção entre o valor pretendido e o montante da obrigação principal - neste caso, o contrato de leasing objeto da ação revisional em que foram fixadas as astreintes tinha o valor de R$ 11.900,00 em agosto de 2001.

Assim, razão assiste ao banco recorrente quanto à ofensa ao art. 461, caput, do CPC, pois o valor da multa diária fixada mostra-se em dissonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo que necessária a intervenção do STJ a respeito.

Esta Corte entende que é lícito ao Julgador, a qualquer tempo, modificar o valor e a periodicidade da multa (art. 461, § 4º c/c § 6º, do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva (*ut* REsp 785.053/BA, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 29/10/2007; REsp 890.900/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJE 13/05/2008; REsp 793.491/RN, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 06/11/2006).

Isto posto, entendo que, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC, a redução das astreintes para o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente a contra da data de sua fixação, é razoável, pois não prestigia a inércia injustificada do devedor, nem constitui fonte de enriquecimento indevido do credor" **(REsp nº 1.060.293 - RS (2008/0111692-1), Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04.03.2010).**

Acesso ao Sumário

E também no julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *ASTREINTES*. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. A multa imposta com base no art. 461 do CPC, quando considerada exorbitante ou insuficiente, pode ser modificada pelo juiz a qualquer tempo, já que não faz coisa julgada material, hipótese, portanto, em que não se opera a preclusão.

2. Agravo regimental desprovido." **(AgRg no Ag 1144150/GO, Quarta Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 22/03/2011)**. (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE OBSTA RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PROPÓSITO INFRINGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EXECUÇÃO DE MULTA DIÁRIA. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO E LIMITAÇÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE.

I. É possível a redução das astreintes, sem importar em ofensa à coisa julgada, fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade ou quando se tornar exorbitante, limitando-se o total devido a tal título, para evitar o enriquecimento ilícito.

II. O objetivo das astreintes é o cumprimento do decisum não o enriquecimento da parte.

III. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, sendo negado provimento a este." **(AgRg no Ag 1257122/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 17/09/2010).**

Ademais, como destaca Theotônio Negrão: "uma vez verificado que a multa não cumpriu com sua função coercitiva, ou que o recebimento da mesma poderá implicar no enriquecimento indevido da parte contrária, o juiz poderá reduzir o crédito resultante da incidência das astreintes. Aplicação dos arts. 644 e 461, §6º, do CPC. A redução da multa não implica em ofensa à coisa julgada, posto que o crédito resultante das astreintes não integra a lide propriamente dita e, portanto, não faz parte das questões já decididas, relativa à mesma lide. (art. 471 CPC)' (RJTJERGS 255/286)". **(*in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, editora Saraiva, 41ª ed., p. 574).**

Por derradeiro, "a multa pelo descumprimento da decisão não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis" **(STJ, REsp n. 793.491, 4ª Turma, RF 396/353)**. Ou seja, em outras palavras, a multa deve ser reduzida considerando a "discrepância entre o patamar estabelecido e o montante da obrigação principal" **(STJ, REsp n. 737.828, 3ª Turma, j. 23-6-2009, rel. Min. Sidnei Beneti)**.

Assim sendo, é possível ao juiz "*a quo*" reduzir o valor das *astreintes* fixadas em excesso, inexistindo qualquer violação da coisa julgada.

No caso em tela, a executada somente se insurgiu contra o valor da *astreinte*, em sua impugnação ao cumprimento de sentença.

E razoável o valor de R$ 30.000,00 para o limite da condenação pelas *astreintes*, e não os R$ 357.779,00 que lhe são cobrados.

Isto porque essa quantia representaria um valor extremamente excessivo para o caso e um enriquecimento sem causa por parte do agravado.

Faço uma observação, ainda, acerca dos honorários advocatícios, que

Acesso ao Sumário

também não incidem sobre as *astreintes*, que tal como as custas judiciais não fazem parte do valor da condenação.

Ao contrário, as *astreintes* têm natureza jurídica coercitiva.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já teve oportunidade de consolidar esse entendimento, por meio da Súmula nº 279, segundo a qual: "OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO INCIDEM SOBRE A MEDIDA COERCITIVA DE MULTA" (REFERÊNCIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 006325981.2011.8.19.0000). Idêntico entendimento é o do Tribunal de Justiça de São Paulo, como pode ser observado abaixo:

"IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - excesso de execução - existência em pequena parte - A Ré não se desincumbiu de provar que os serviços foram prestados sem intermitência. Inteligência do art. 333, II do CPC. A multa diária deve ser mantida ante a inexistência de alteração na situação de fato. A correção monetária e os juros de mora incidem sobre a multa condenatória sem implicar em dupla penalidade. Os honorários advocatícios incidem sobre o valor da condenação por ser reparatório, mas não sobre o valor da multa. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 990.09.258287-9).

"Por fim, cumpre apreciar a questão relativa aos honorários advocatícios, cuja alegação do impugnante tem procedência. A multa cominatória tem natureza coercitiva porque visa o cumprimento da obrigação, não estando inserido no valor da condenação propriamente, que tem natureza reparatória. A r. sentença ao fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% sobre o valor da condenação, quis dizer sobre o valor reparatório e não sobre o valor da multa pelo inadimplemento da obrigação de fazer. Desse modo, o recurso deve ser acolhido em parte mínima, para excluir a verba honorária sobre o valor relativo à multa cominatória, e a r. decisão merece pequeno reparo, devendo ser mantida quanto ao mais.".

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, com observação, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2034498-40.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TUAMA INCORPORADORA LIMITADA, é agravada TEREZINHA PEIXOTO COUTINHO.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR E MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Desconsideração da personalidade jurídica. Penhora. Incidência sobre bens de seus sócios.

Existindo indícios veementes de encerramento irregular da sociedade executada, principalmente por ser desconhecido o seu paradeiro, justifica-se sua desconsideração, redirecionando-se os atos executivos contra os seus sócios.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu parcial provimento a agravo de instrumento mantendo o acolhimento de pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Inconformada, a recorrente alega que "a desconsideração deve ser apoiada em fatos concretos; "*não pode ser decretada incidentalmente no processo de execução, sob pena de desobediência ao direito constitucional do devido processo legal*"; "*o negócio jurídico que originalmente gerou o litigio foi formalizado só entre a agravante e a agravada, e da ação ajuizada não figuram como parte os sócios e ex-sócios, do que resulta a nulidade da decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual, de conformidade com o art. 472 do CPC*". "*A decisão agravada viola de forma flagrante o disposto no art. 50 do Código Civil que não deixa dúvida ou entreduvida, ao caracterizar o abuso somente pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Nenhum desses elementos restou caracterizado no caso concreto"*, pois "*a falta de patrimônio da pessoa jurídica não ingressa em tal categoria*".

Encaminhados os autos à mesa, sobreveio petição da agravada, Terezinha Peixoto Coutinho, noticiando a existência de acordo realizado entre a exequente o co-executado Carlos Alberto Fernandes Filgueiras (cf. p. 17/20).

Acesso ao Sumário

Intimada a se manifestar, inclusive em relação a subsistência de interesse recursal, a recorrente informou não ter participado da avença e pugnou pela apreciação do seu inconformismo recursal (cf. p. 37/38).

É o relatório.

A decisão deste Relator é do teor seguinte:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em cumprimento de sentença, acolheu pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo a recorrente, é necessária a citação de todos os sócios, pois consta dos autos procuração única e exclusivamente da executada; "Os executados Carlos Roberto Araújo Pinto, José Roberto Almeida Fernandes de Melo e Carlos Alberto Fernandes Filgueiras, não tem procuradores constituídos nos autos, de sorte que a intimação ordenada pelo r. despacho agravado não se operou com a simples publicação"; "É imperativo que a intimação dos executados pessoas físicas se faça pessoalmente, por mandado, nos expressos termos do art. 475-J, § 1º do CPC, para que, se quiserem venham a oferecer impugnação em face da decisão agravada que determinou a sua inclusão no polo passivo"; "A espécie retrata um caso manifestamente teratológico. Antigo sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com capital totalmente integralizado, da qual havia se retirado em 1982, é responsabilizado diretamente, com levantamento do véu da pessoa jurídica, mais de 20 anos após, em decisão proferida sem contraditório"; "Pouco importa, ademais, que não tenham sido encontrados bens em nome da executada condenada, pois até a extinção irregular da pessoa jurídica (o que não é o caso dos autos) não permite a desconsideração, como se extrai do enunciado 282 do CEJ"; "A só circunstância de as sócias atuais terem sede nas Ilhas Britânicas não autoriza presumir aprioristicamente que nisso haja fraude, como faz a decisão agravada"; "O simples fato de os sócios brasileiros se retiraram de sociedade não é ilegal, nem constitui causa de nulidade"; "As sócias estrangeiras Aquaville e Seabreeze tem procurador e representante no Brasil, em endereço expressamente indicado no contrato social".

É o relatório.

I - Inicialmente, registre-se: Dispõe o art. 557, caput e § 1º-A, do CPC:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

"§ 1o-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso".

Acesso ao Sumário

Referidos dispositivos legais ampliaram os poderes do Relator no julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento, não só permitindo-lhe negar seguimento (caput), como também lhe autorizando a dar provimento (§1º-A), ambos monocraticamente.

Assim, a melhor interpretação desses dispositivos é no sentido de que a matéria deve ser analisada à luz da primazia da "ratio essendi", qual seja, a de acelerar a prestação jurisdicional, sem necessidade de exame do colegiado que é competente para o exame do recurso.

II - Do exame das peças integrantes do presente instrumento depreende-se que, objetivando receber importância relativa à verba honorária fixada no julgamento de procedência de ação de embargos de terceiros (cf. p. 32/38, 40/42), a credora apresentou memória de cálculo e formulou pedido de intimação da devedora para pagamento, na forma do artigo 475-J do Código de Processo Civil (cf. p. 50/52).

Frustrada essa diligência, bem ainda aquela destinada a localização de bens passíveis de constrição, pois a devedora não foi encontrada no endereço que declarou ser o de sua sede, a credora reiterou pedido de desconsideração da personalidade jurídica e requereu a realização de bloqueio online "de todas as contas correntes bancárias e de quaisquer outras aplicações financeiras eventualmente havidas em nome de todos os sócios da devedora", que "não tem quaisquer bens passíveis de penhora, assim como não tem qualquer valor em conta bancária e nem uma sede verdadeira" (cf. p. 54/68).

Por decisão datada de 10 de abril de 2013, ressaltando que neste primeiro momento somente serão incluídos os sócios atuais, o juízo acolheu a postulação, com base nos seguintes fundamentos:

"O oficial de justiça diligenciou no endereço constante da certidão da Junta Comercial (fls. 629 e 653), bem como endereço informado pela própria executada (fls. 613 e 631) sem localizá-la"; "No endereço informado pela executada, o oficial de justiça encontrou imóvel em fase de demolição e certificou que a empresa está em local incerto e não sabido"; "A executada alegou na petição de maio de 2011 que buscava meios para garantia do juízo, só que momentaneamente não tinha a disponibilidade suficiente"; "Desta forma, verificado o encerramento irregular da empresa (não localizada), o que impossibilita a satisfação do crédito do exequente, e a ausência de bens disponíveis para penhora, impõe-se o deferimento do pedido" (cf. p. 73/74).

Infrutífera também essa tentativa, o juízo deferiu pedido de inclusão dos antigos sócios no polo passivo (cf. p. 106/107), considerando que:

"Da análise da ficha cadastral, como dito, conclui-se que: 1) em 11/6/2001 (quanto esta demanda já havia sido proposta), retiraram-se da sociedade todos os sócios brasileiros, fossem eles pessoas físicas ou jurídicas. 2) no mesmo ato,

Acesso ao Sumário

foram admitidas duas empresas offshore, constituídas no paraíso fiscal das Ilhas Virgens Britânicas. 3) estranhamente, ambas as empresas são representadas pelo mesmo procurador, José Roberto Almeida Fernandes de Melo (veja-se fls. 684). 4) estranhamente também, todos os sócios pessoas físicas que se retiraram da sociedade indicaram como "domicílio e residência" o mesmo imóvel na Rua Barão de Capanema, 457, São Paulo. O imóvel dificilmente constituiria uma residência, pois, como certificado a fls. 629, cuida-se de um imóvel comercial. E também é pouco provável que os três sócios vivessem juntos, já que seus sobrenomes sequer indicam que pertençam à mesma família. 5) estranhamente, ademais, os endereços das sedes das empresas sócias retirantes também eram o mesmo: Rua Barão de Capanema, 457, São Paulo. Tudo conduz à conclusão de que as novas empresas, constituídas sob as leis do paraíso fiscal das Ilhas Virgens Britânicas, são na verdade empresas de fachada criadas para permitir a ocultação patrimonial dos sócios que se retiraram da sociedade. Num quadro como tal, a aplicação do art. 50 do Código Civil é de rigor, eis que aqui há evidente abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade. Este Magistrado, extremamente parcimonioso na desconsideração do véu protetivo do patrimônio, não pode, pelas razões acima, deixar de concluir pela necessidade de incluir os sócios retirantes no polo passivo da execução. De igual forma o atual procurador de ambas as empresas Aquaville Enterprises Corporation e Seabreeze Management Corporation, que, como evidentes empresas de "fachada", indicam ser estratagemas legais para ocultação do patrimônio diante de credores".

Apreciando embargos de declaração, apenas se acrescentou ser desnecessária qualquer citação dos sócios (cf. p. 133/134).

III - A presente insurgência recursal, em princípio, sequer poderia ser conhecida, uma vez que a recorrente pretende obter o reconhecimento de que não estão presentes os requisitos autorizadores da desconsideração de sua personalidade jurídica, sem que, em face da primeira das mencionadas decisões judiciais, houvesse manifestado inconformismo na forma e no prazo do artigo 522 do Código de Processo Civil.

De qualquer modo, é possível afirmar, porque incontroverso, que a credora envidou todos os esforços objetivando localizar bens da devedora suscetíveis de penhora, não alcançando êxito nessa empreitada, principalmente porque a diligência realizada pelo oficial de justiça objetivando alcançar tal desiderato autorizou concluir que a empresa executada fechou irregularmente suas portas, tornando desconhecido o seu paradeiro.

Assim sendo, não existindo elemento que permita aferir eventual erro na certidão do meirinho, deve prevalecer a presunção de sua veracidade, consoante a regra do artigo 364 do CPC, e o acolhimento do pedido de desconsideração de personalidade jurídica, pois está evidenciado que a recorrente mantém seu

Acesso ao Sumário

registro ativo, mas não cumpre o seu objeto social.

A propósito, sobre mencionada ótica, já se decidiu que "O 'fechamento de fato' da sociedade empresária, com a cessação de suas atividades sem a correspondente baixa no registro de comércio, constitui atitude que pode permitir a aplicação da teoria da desconsideração" (RT 870/295).

Acerca da temática aqui tratada, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EDcl no Recurso Especial nº 750.335/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux e publicado no Diário da Justiça de 10/4/06, consignou que "A existência de indícios do encerramento irregular das atividades da empresa executada autoriza o redirecionamento do feito executório à pessoa do sócio" (Precedentes: AgRg no REsp n.º 643.918/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16/5/05; REsp n.º 462.440/RS, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18/10/04; e REsp n.º 474.105/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19/12/03).

Convém ainda ter presente que os fatos elencados na r. decisão recorrida e que permitiram ao juízo chegar a conclusão de que "as novas empresas, constituídas sob as leis do paraíso fiscal das Ilhas Virgens Britânicas, são na verdade empresas de fachada criadas para permitir a ocultação patrimonial dos sócios que se retiraram da sociedade", não foram devida e prontamente repelidos pela recorrente, pois se limitou a dizer que "A só circunstância de as sócias atuais terem sede nas Ilhas Britânicas não autoriza presumir aprioristicamente que nisso haja fraude", sem, contudo, apresentar qualquer justificativa para as circunstâncias de ambas as empresas serem representadas pelo mesmo procurador e todos os sócios retirantes terem indicado como domicílio e residência o imóvel comercial localizado na rua Barão de Capanema, 457, São Paulo, mesmo sem comprovação de que vivam juntos ou de terem alguma relação familiar.

Neste passo, saliente-se que na lição de Arnaldo Rizzardo:

"Considera-se infração ao contrato social e à letra da lei o desaparecimento da sociedade sem a prévia dissolução regular e sem o pagamento das dívidas. Atinge a responsabilidade as pessoas que se retiram sem providenciarem na alteração e no registro do contrato social.

Revela destacada importância o registro de comércio para as pessoas que comercializam com a firma e para terceiros. Dele nasce a confiança para contratar, a segurança quanto às obrigações futuras e a garantia do cumprimento das avenças. No entanto, mesmo que cumpridos os atos de regularização das alterações da vida societária, as práticas desonestas tornam-se possíveis. Não é incomum o desaparecimento repentino da sociedade, máxime a comercial, ficando pendentes inúmeras obrigações.

Para essas hipóteses o engenho jurídico procurou soluções, surgindo a teoria do disregard of legal entity, ou da desconsideração da personalidade

Acesso ao Sumário

jurídica, além do objetivo de fazer frente aos desmandos dos sócios. Ante suspeitas fundadas de que o administrador agiu de má-fé, com fraude a interesses de credores e com prova de abuso de direito, desconsidera-se, embora momentaneamente, a personalidade jurídica da empresa, permitindo-se a apropriação de bens articulares para atender as dívidas contraídas por uma das formas acima."[1]

Houve assim ofensa à lei por parte dos sócios, eis que tinham o dever de: a) dissolver regularmente a sociedade, cuidando do cumprimento das obrigações por ela contraídas perante terceiros; ou b) requerer a falência, instaurando o concurso universal sobre os bens da massa. Do modo como agiram, cessando a atividade empresarial e apropriando-se dos bens sociais, evidentemente praticaram fraude contra os credores, o que não é permitido pela ordem jurídica. São pessoalmente responsáveis, portanto, pela solvência da dívida exeqüenda.

Não se trata propriamente de desconsideração da personalidade jurídica, mas de imputação direta da responsabilidade aos sócios, em virtude do ilícito por eles praticado.

O artigo 1.080 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade excepcional dos sócios que houverem aprovado deliberações infringentes do contrato ou da lei.

Não é caso de responsabilidade solidária envolvente de todos os sócios. Mas de responsabilidade solidária apenas daqueles que houverem aprovado tais deliberações.

A hipótese de incidência da responsabilidade é diversa daquela prevista no artigo 50, que diz respeito a abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

Aqui, no artigo 1.080, a responsabilidade decorre de ato ilícito praticado pelos sócios, por contrariarem, com suas deliberações, o contrato de constituição da sociedade ou a lei.

Diz a norma: "As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram".

Como princípio, a responsabilidade do sócio é limitada ao total do capital social. A regra comporta, entretanto, a exceção da responsabilidade em caso de conduta do sócio que signifique afronta à lei ou ao contrato social ou que tenha por finalidade o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica.

A finalidade do artigo 1.080 é, pois, a repressão ao comportamento ilícito do sócio.

A dissolução irregular da sociedade, ou seja, o desfazimento do negócio social sem a prévia observância do procedimento previsto em lei, revela

Acesso ao Sumário

1 Parte Geral do Código Civil. 1ª edição, Forense, Rio de Janeiro: 2002.

uma situação fática capaz de induzir a crença de participação efetiva ou, no mínimo, conivente do sócio, até por não ser normal ou de praxe que, nesse caso, ocorra deliberação escrita. Para excluir a sua responsabilidade, cabe ao sócio demonstrar a sua dissidência, revelada por atos concretos tendentes a evitar a dissolução irregular. Cabe-lhe, ademais, requerer a dissolução judicial da sociedade ou, sendo ela insolvente, requerer a falência.

Nesse caso de dissolução irregular da sociedade, os sócios tornam-se ilimitadamente responsáveis perante terceiros, nos termos do artigo 1.080 do Código Civil, em razão de conduta contrária à lei e ao contrato social, tornando-se os seus patrimônios particulares sujeitos a execução.

A imputação de responsabilidade independe, portanto, da presença daqueles pressupostos próprios da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que agora se acha positivada em nosso direito: no artigo 50 do Código Civil, segundo o qual, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica; e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, conforme o qual o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração acontecerá também quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração. Acontecerá, outrossim, quando a personalidade da sociedade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (§ 5°).

Em caso de desativação do negócio social e, pois, de dissolução irregular da sociedade, o que ocorre, como dito, é conduta ilícita dos sócios, que, por isto, tornam-se ilimitadamente responsáveis perante terceiros, pelo passivo social pendente.

A imputação de responsabilidade aos sócios pela solvência do débito tem fundamento no referido artigo 1.080 do Código Civil e também no artigo 592, II, do Código de Processo Civil, este que consiste em norma processual de legitimação para o processo executivo.

Havendo, no presente caso, indícios veementes de dissolução irregular da sociedade e da criação de empresas de fachada, é cabível a imputação de responsabilidade aos sócios, com sua legitimação passiva para a execução, nos termos do artigo 592, II, do Código de Processo Civil.

IV - No entanto, a irresignação da recorrente merece acolhimento no

Acesso ao Sumário

que tange à necessidade de citação dos sócios, principalmente por se cuidar de matéria de ordem pública.

Assim, eles deverão ser formalmente incluídos no processo, com as devidas anotações cartorárias, seguindo-se a citação e observando-se os demais trâmites próprios do processo executivo.

Após a citação e se não providenciarem o pagamento da dívida, ficarão sujeitos aos atos executivos.

A respeito, consoante se colhe do julgamento do Recurso Especial nº 686.112/RJ, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha:

"Na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito civil, é usual que, após o pedido da parte, já em sede de execução, o juiz defira a pretendida desconsideração e, por conseguinte, determine a penhora dos bens do sócio. Nesse cenário, inclusive, mostra-se viável, a teor da orientação desta Corte, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória no processo de execução, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: REsp n. 418.385/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 3.9.2007; REsp n. 331.478/RJ, relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 20.11.2006; AgRg no REsp n. 798.095/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 1º.8.2006; e REsp n. 767.021/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 12.9.2005".

"No entanto, ainda que se considere que o órgão julgador pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, faz-se necessário quando da inclusão do sócio na execução, especificamente para que os seus bens sejam objeto de penhora pelos débitos da sociedade executada, a sua citação. Nessa hipótese, deve o sócio ser citado para integrar o processo de execução com a finalidade de conferir eficácia aos postulados do contraditório e da ampla defesa; de modo que, havendo a penhora direta dos bens do sócio sem o contraditório prévio, manifesta é a inobservância dos preceitos mencionados".

Ante o exposto, com aquela observação relativa à necessidade de inclusão dos sócios no processo, dá-se parcial provimento ao recurso".

A presente irresignação não deve ser acolhida.

Com efeito, os motivos elencados pela recorrente, porque calcados em meras conjecturas, sem enfrentamento dos elementos fácticos esmiuçados na r. decisão proferida em primeira instância e confirmados nesta sede recursal, não são suficientes para abalar a conclusão de ser mesmo caso de desconsiderar a personalidade jurídica da devedora, posto que os fatos de não dispor de bens passíveis de constrição e ter sido constatado o seu fechamento irregular,

evidenciam sua utilização com a intenção de prejudicar interesses alheios.

A desconsideração, aliás, serve como forma de repressão ao abuso, que é provado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, restando caracterizadas essas ocorrências pela existência de indícios de que, contra a pessoa jurídica, resultará frustrada a pretensão do credor.

Em outras palavras, o instituto da desconsideração responsabiliza e legitima todos aqueles que - em interesse único - desviaram a finalidade de pessoas jurídica para confundir patrimônios no intuito de lesar credores, ou seja, nas hipóteses em que a pessoa jurídica é utilizada para ludibriar credores ou fugir à incidência de certas leis ou ainda proteger atos reprováveis.

Nestas circunstâncias, deve o Julgador considerar os seus componentes como pessoas físicas, impedindo, assim, que por meio de uma ficção jurídica se construa um anteparo para a realização de atos escusos.

Por outro lado, há muito pacificado o entendimento de que "*A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros*" (REsp. nº 332.763/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 24/06/2002).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2014959-54.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Campinas, em que é agravante ELAINE MARABEIS DA SILVA VIEIRA, é agravada LÚCIA HELENA DA SILVA MARIANO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.726)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO E ARALDO TELLES.

São Paulo, 17 de março de 2014.

LÍGIA A. BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento manifestamente improcedente - Agravante que não fez prova da sua condição de 'necessitado' para fins de concessão dos benefícios da justiça gratuita - Parte que não é pobre na acepção jurídica do termo - Regimental improvido.

VOTO

1. Agravo regimental tirado contra decisão monocrática de minha relatoria, que negou seguimento a agravo de instrumento em razão da manifesta improcedência. Insiste a agravante na pretensão da concessão dos benefícios da justiça gratuita, inclusive porque entende que é o julgador que deve indicar como a parte deva comprovar seu estado de 'necessitado'.

2. Não obstante a irresignação da ora agravante, era mesmo caso de se negar seguimento ao agravo de instrumento, porque, conforme deixei registrado, *"Para a obtenção do benefício a parte deverá comprovar sua situação de 'necessitado', que é aquele cuja situação econômica não lhe permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.*

Portanto, a 'simples afirmação' a que se refere o art. 4º, da Lei 1.060/50, deve ser verdadeira, guardando, pois, conotação à realidade fática dos autos. Na hipótese, os elementos dos autos fazem presumir não se tratar de pessoa pobre (cf. JTJ 213/231), principalmente diante de estar qualificada como empresária, além de não ter trazido uma prova sequer de que seus ganhos mensais mal dão para o sustento próprio e/ou de sua família.

Assim, a presunção é de que tenha recursos suficientes para pagar as custas e despesas do processo, porque pode, efetivamente, até não estar a agravante em situação financeira confortável atualmente, mas seguramente não é pobre na acepção jurídica do termo, ou seja, não se encontra em situação excepcional que justifique a concessão da benesse. Nesse diapasão, era mesmo caso de se lhe negar os benefícios da justiça gratuita, sem violação de qualquer regra constitucional ou infraconstitucional, servindo a assertiva até para propósitos de prequestionamento.

A jurisprudência não é discrepante: 'A declaração pura e simples do interessado de que não possui condições econômico-financeiras para suportar as despesas do processo não obriga o Juiz à concessão do benefício da gratuidade da justiça se inexistentes outras provas que comprovem a necessidade' (RT. 746/258). No mesmo sentido: 'Assistência Judiciária – pessoa física –

Acesso ao Sumário

declaração de pobreza prestada nos autos – necessidade de prova subsidiária para a demonstração da insuficiência de recursos –... – indeferimento mantido – recurso não provido' (1º TAC - AI nº 1283614-5/00 - 1ª CÂMARA - REL. JUIZ EDGARD JORGE LAUAND - j. 12.04.2004)."

Pelo exposto, nega-se provimento ao regimental.

Apelações Cíveis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9130938-52.2008.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que são apelantes IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS IURD, ANDREAS RICARDO BELCK e MONICA BRIGITTE LUERS, é apelado ALEXANDRE EDUARDO BELK.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e MARCIA REGINA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Recurso redistribuído à Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado, com base na Resolução n.º 608/2013.

- Anulação de ato jurídico. Cerceamento de defesa não se faz presente. Apelante sequer apontou eventual lesividade. Devido processo legal observado. Escritura com nomenclatura de compra e venda. Valor apresentado como preço é irrisório. Pseudovendedora que em depoimento pessoal afirmou que doara os imóveis a Deus, pois a Igreja Universal do Reino de Deus estava em pleno crescimento. Pseudovendedora - doadora - é pessoa 'do lar', portanto, não exerce atividade profissional. Doação de todos os bens não tem amparo legal. Negócio realizado teve aspecto

Acesso ao Sumário

teleológico de fraudar a lei. Anulação deve prevalecer. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de fls. 423/429, que julgou procedente ação declaratória de anulação de escritura de compra e venda envolvendo imóveis.

Alega a apelante que houve cerceamento de defesa, pois não foi concedida vista de documento juntado pela parte contrária, o que impossibilitou a impugnação, tendo transcrito textos legais e ementas de acórdãos. Em sequência pleiteou a anulação da sentença, a fim de que o julgamento seja convertido em diligência, com devolução dos autos ao juízo *a quo*, para que a recorrente possa exercer plenamente o contraditório. Continuando declarou que fora requerida expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis, no entanto, não ocorrera a apreciação do pedido. Prosseguindo expôs que os autores e a corré Ute pretendem prejudicar a recorrente, pois conquanto a corré Ute ter constituído advogado, ela comparecera à audiência sem o causídico, além do que, a referida correquerida não apresentara nenhuma defesa. A seguir disse que a compra e venda tem validade, uma vez que se trata de autêntico negócio jurídico confirmando a vontade das partes contratantes, tendo feito uma comparação de âmbito financeiro abrangendo as diversas moedas no período respectivo. Em sequência mencionou que os depoimentos dos autores foram pautados pela incoerência, destacando ainda que na ocasião os imóveis estavam com os valores defasados. Finalmente aludiu que não ocorrera interdição da corré, requerendo, assim, o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, fls. 450/457.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

De início, o alegado cerceamento de defesa não se faz presente, porquanto os documentos apresentados *a posteriori* não embasaram a decisão em exame, portanto, nenhuma lesividade está caracterizada.

Além disso, nada obstava que por ocasião do recurso a apelante se manifestasse sobre eventuais documentos, no entanto, não o fez, e agora vem em busca de formalismo exacerbado para que a vantagem indevida prevaleça.

Registre-se que a escritura de fls. 29/31 mostra-se suficiente para a configuração do preço irrisório, corroborada ainda com o depoimento pessoal da corré, logo, a expedição de ofícios ou outros itens correlatos em nada modificaria.

Desta forma, o devido processo legal foi observado na íntegra, não

Acesso ao Sumário

havendo nenhuma irregularidade.

3. Quanto ao mérito, no caso em exame ficou evidenciado que o que efetivamente ocorrera fora uma doação, com a nomenclatura de compra e venda, tendo por aspecto teleológico a fraude, e nada além disso.

A escritura que eventualmente teria materializado a compra e venda fora lavrada em 14 de outubro de 1988, fls. 29/31, e registrada em 24 de janeiro de 1989, fls. 32/33, logo, aplica-se o Código Civil de 1916 no caso em exame.

O valor eventualmente pago pelo polo passivo foi irrisório, logo, descaracterizada eventual alienação, até mesmo porque a suposta vendedora declarou de forma clara e precisa que efetuara a doação, ao passo que a igreja correquerida sequer apresentara indícios de prova sobre o recebimento dos valores, constando apenas a escritura de que teria ocorrido o pretenso pagamento anteriormente, o que é insuficiente para dar guarida à efetiva compra e venda.

O artigo 1.175 do Estatuto referido dispõe que *É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador*, complementado, ainda, pelo artigo 1.176 que menciona a doação inoficiosa.

A doutrina assim entende:

"Doação de todos os bens do doador. - O art. 1.175 determina ser 'nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador'.

Tal regra tem o propósito direto de proteger o doador, não permitindo que, por sua leviandade ou imprevidência, caia em penúria. Mas tem, por igual, o escopo indireto de proteger a sociedade, evitando que o Estado se veja compelido a prestar assistência a mais um desgraçado.

A proibição da doação de todos os bens, de resto tradicional em nosso direito, pode ser ilidida quando o doador se reserva o usufruto dos mesmos ou de parte deles, de modo que, podendo sobreviver com seus próprios rendimentos, não venha a se tornar um encargo para seus parentes ou para o Estado.

(...)

A lei brasileira é incisiva ao ordenar a nulidade de todo o negócio. Se se tratar de um doador extremamente rico, que faça doação de todos os bens, o negócio é nulo em sua integralidade, embora a nulidade apenas da metade permitisse ao doador viver faustosamente, com o quinhão que lhe fosse devolvido." (Silvio Rodrigues. Direito Civil. Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade. Vol. 3. Editora: Saraiva. 4ª edição. 1972. Págs. 199 e 200).

Oportuna a transcrição jurisprudencial:

"1. A proibição inserta no art. 1.175 do Código Civil de 1916 (art. 548 do

Acesso ao Sumário

Código Civil em vigor) destina-se a impedir que o autor da liberalidade reduza-se a situação de pobreza, em razão da doação. Caráter social do preceito em testilha. 2. A vedação à doação universal realiza a mediação concretizadora do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da Constituição Federal). Recursos financeiros suficientes para que as necessidades elementares da pessoa humana sejam atendidas." (REsp n.º 285.421/SP. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Terceira Turma. J. 04-05-2010).

Com efeito, como bem observou o MM. Juiz sentenciante, a doação fora travestida de compra e venda, com o objetivo de fraudar a lei, e, não obstante o negócio ter nomenclatura de compra e venda, o que efetivamente ocorrera fora a doação, pois ausente a contraprestação do pagamento, apesar da quantia diminuta que constara como preço da aquisição.

No mais, a escritura a fls. 29 qualifica a pseudodoadora como *do lar*, ou seja, trata-se de pessoa que não teria exercido nenhuma profissão, o que configura a hipossuficiência, ou seja, a correquerida Ute não possui condições do próprio sustento, sendo dependente financeiramente de outrem.

Desta maneira, a anulação do ato jurídico está apta a sobressair, nada havendo para ser alterado na r. sentença apelada.

4. Por último, conforme adverte Mário Guimarães: *"não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que, se o juiz acolhe um argumento bastante para sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não."* ("O Juiz e a Função Jurisdicional", 1ª ed., Forense, 1958, § 208, pág. 350).

Frise-se, ainda, que não se exige do Juiz "*que rastreie e acompanhe pontualmente toda a argumentação dos pleiteantes, mormente se um motivo fundamental é poderoso a apagar todos os aspectos da controvérsia.*" (RT 413/325). No mesmo sentido, RJTJESP 179/221, dentre outros inúmeros julgados.

5. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000652-58.2010.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante AMANDA PERES DA SILVA, é apelado MILENE BALBESAN LUCIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 1131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 21 de janeiro de 2014.

MARCIA TESSITORE, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA QUE ALEGA TER SOFRIDO HUMILHAÇÕES DECORRENTES DA DIVULGAÇÃO FEITA VIA *E-MAIL* EM *SITES* PORNOGRÁFICOS DE FOTOGRAFIAS DE CUNHO SEXUAL. SENTENÇA DE PROCEDENCIA MANTIDA, COM OBSERVAÇÃO QUANTO AO CÔMPUTO DOS JUROS DE MORA. SÚMULA 54 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de (fls.96/106), cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 6.000,00 reais, além de arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apelou a ré (fls.118/123) visando à reforma do julgado. Em resumo, sustentou a fragilidade no que tange ao conjunto probatório, tendo se dado cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide. No mais, sustenta, repetidamente, não ser a autora do *e-mail* contendo as fotografias, mas apenas o transmitiu a terceiros. Caso mantida a condenação, deve haver redução da verba fixada a título de indenização.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls.132), sem apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Por primeiro, afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, dado que, ante a confirmação de ter transmitido a terceira pessoa o *e-mail* com as fotografias pornográficas (fls. 58), tem-se por desnecessária a produção de qualquer outra prova, principalmente a testemunhal, na qual insiste a ré.

Pouco importa para caracterização da conduta lesiva não tenha sido a

Acesso ao Sumário

autora do *e-mail*, pois o dano configura-se com a simples divulgação das fotos eróticas.

Por segundo, e já abordando o mérito, o recurso não prospera.

Como já mencionado, o fato de ter a ré admitido a retransmissão das fotografias eróticas conduzem à certeza de sua responsabilidade pela eclosão do resultado danoso, independentemente de ter sido a criadora do *e-mail* que circulou em ambiente virtual.

De sua conduta resultou situação vexatória para a autora, identificada em *e-mail* intitulado "MILENA BANCO REAL MOCOCA", de conteúdo evidentemente difamatório.

No caso em análise surge cristalina a leviandade inescusável da conduta da ré, sendo inafastável o decreto de procedência da ação.

No que tangem ao *quantum* arbitrado, de se levar em conta o que dispõe o art. 953 do CC/2002:

> "Art. 953: A indenização por injúria, difamação ou calúnia, consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
>
> Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

Não há dúvida da gravidade da conduta lesiva da ré, impondo à autora pesada humilhação ao ver sua imagem divulgada na *internet* associada a fotos pornográficas.

Ao apreciar o recurso interposto contra sentença de procedência de ação proposta pela autora em face de outra ré, assim se pronunciou a C. 7ª Câmara de Direito Privado deste Eg. Tribunal:

> Configurado o dano moral sofrido, deve-se observar o nexo de causalidade e, ainda, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade para fixação do *quantum*, considerando, ainda, a condição econômica da ofensora, da ofendida e o bem jurídico lesado.
>
> Convém ressaltar que a Apelada tinha conhecimento do mal que causava, mesmo sem intenção, ao repassar aquelas imagens pornográficas para terceiros com os dados da Apelada e ainda assim não hesitou em retransmitir.
>
> O valor fixado (R$ 1.000,00) não faz jus aos termos do artigo 944 do Código Civil, que dispõe que ***"A indenização mede-se pela extensão do dano"*** e, se quantificado através do número de pessoas que acessam rapidamente o conteúdo lançado no ambiente virtual, seria irrisório.
>
> Portanto, o valor da indenização deve ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Por se tratar de responsabilidade civil extracontratual, de fato, a irresignação quanto aos juros moratórios

Acesso ao Sumário

comporta provimento, na medida em que deverão incidir a partir da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).” (Apelação nº 0000825-82.2010.8.26.0360 - Mococa - Rel. Ramon Mateo Júnior).

No mesmo sentido, em ação idêntica promovida pela autora, cujo recurso de apelação foi julgado pela C. 5ª Câmara de Direito Privado, a indenização foi majorada para R$ 20.000,00 (Ap. nº 0000824-97.2010.8.26.0360 - Rel. Edson Luiz de Queiroz).

Assim é que, ante a gravidade dos fatos, a extensão do dano sofrido e em conformidade com o entendimento deste Tribunal de Justiça, entendo que a quantia de R$ 6.000,00 não comporta redução, mas, ao contrário, teria sido até mesmo majorada caso tivesse havido insurgência da autora.

Por fim, observo, ainda, ser o caso de aplicação da Súmula 54 do STJ, para fazer constar que os juros de mora devem ser computados a partir do evento lesivo - 06/09/2009 e não da prolação da sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, com observação quanto ao cômputo dos juros de mora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0173842-95.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ADRIANA BRAGANÇA BARBOZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso da autora e deram provimento em parte ao do réu para afastar o decreto de revelia e reconhecer que ao réu não pode ser atribuída a pré-verificação de todo o conteúdo postado, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA E VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 21 de janeiro de 2014.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Obrigação de fazer, c.c. indenização por danos morais. Revelia. Decreto afastado. Defesa protocolizada no prazo legal. Juntada tardia pela

Acesso ao Sumário

serventia. Prejuízo que não pode ser atribuído ao réu. Criação de perfil falso no "site" de relacionamento Facebook, que é responsável pela mera hospedagem de páginas pessoais de usuários, sem que se possa a ele atribuir a obrigação de fiscalizar os dados armazenados. Omissão em não suspender a divulgação. A luz do disposto no artigo 186 do Código Civil a omissão do demandado em remover de pronto o conteúdo de fls. 31/45, consolida o ato ilícito. Dano moral caracterizado. Indenização devida. Valor adequado. Sentença reformada em parte. Recurso improvido da autora e provido em parte o do réu, com observação.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, c.c. indenização por danos morais, julgada procedente pela r. sentença de fls., proferida pela n. Magistrada Carmen Lúcia da Silva, de relatório adotado.

Apela a autora objetivando a majoração da indenização arbitrada, pois, o montante fixado é irrisório, diante do abalo causado.

Recorre adesivamente o réu requerendo a nulidade da sentença, pois, a revelia foi decretada de forma irregular, no mérito, a inversão do julgado, pois, em momento algum praticou ato ilícito capaz de causar danos à autora, os quais deverão ser dirigidos a terceiros, pois, o demandado apenas e tão somente armazena dados inseridos por terceiros, ademais, o valor fixado é desproporcional com a discussão dos autos. No mais, requer o rateio dos ônus sucumbenciais.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, c.c. indenização por danos morais, ajuizada por Adriana Bragança Barboza em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., pretendendo a identificação e a exclusão de dados inseridos nas páginas da Rede Mundial de Computadores, pois, são injuriosos e difamatórios, os quais não condizem com a sua pessoa, bem como a condenação da ré a reparação material.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora o valor de R$ 8.000,00 a título de indenização por danos morais, com correção monetária a partir da publicação desta decisão, acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, assim como ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

Os recursos serão apreciados em conjunto.

De início, insta consignar que o réu não pode ser considerado revel, pois, protocolizado sua insurgência no prazo legal, em 03/10/2012 (fls. 139), já que juntado o aviso de recebimento em 21/09/2012 (fls. 53). Não se pode confundir juntada tardia da peça pela serventia com o prazo legal deferido a parte para providenciar a defesa, o que *in casu* ocorreu de forma tempestiva.

Note-se que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio, um instrumento que se mostrará efetivo quando harmonizar a atuação do direito material ao caso concreto, tendo, por fim, a realização de uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, vale transcrever o Ilustre Professor Alexandre Freitas Câmara que com maestria expõe sua lição sobre a instrumentalidade e efetividade do processo:

"O processo tem, como não poderia deixar de ser, um objetivo. Existe para servir de instrumento. É tradicional a afirmação de que o processo é um meio, e não um fim em si mesmo. A visão do processo como instrumento de atuação do direito material é tradicional, e responsável pela compreensão de que os institutos processuais devem ser adequados a permitir o exercício, em concreto, das posições jurídicas de vantagem criadas pelo direito substancial. O processo é, pois, instrumento de atuação do direito material, e a isto denominou a doutrina de instrumentalidade do processo em seu aspecto negativo".

É sabido que o processo civil moderno repudia o formalismo excessivo e que as exigências formais da lei buscam assegurar a produção de determinados resultados. Desse modo, uma vez alcançados os resultados objetivados pela norma, cumprida está a sua função.

Daí porque não há que reconhecer a nulidade da sentença.

No mérito, o site em questão, como é sabido, é um provedor de serviço de Internet caracterizado pela hospedagem de páginas pessoais de usuários. Os usuários criam páginas pessoais por meio dos quais se relacionam com outros usuários e participam de comunidades, também criadas por usuários, que são grupos formados em torno de determinado tema, onde é permitido o debate e troca de informações sobre interesses comuns.

Na lição de **Rui Stoco**, *"o provedor da Internet age como mero fornecedor de meios físicos, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem exerceu juízo de valor. O fato de ter o poder de fiscalização não o transforma em órgão censor das mensagens veiculadas nos 'sites', mas apenas o autoriza a retirar aqueles que, após denúncia, se verificam ofensivos e ilícitos"* (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª edição, pág. 901).

Relevante, para o deslinde da questão, a lição de **Demócrito Reinaldo Filho**, no sentido de que, "*mesmo tendo a atribuição de fiscalizar, tal*

Acesso ao Sumário

circunstância não desnatura a situação de passividade do provedor, não podendo ser compelido a vistoriar o conteúdo da mensagem em cuja transmissão não tem participação nem possibilidade de controle. Ressalta, ainda, que o controle editorial só se manifesta quando o provedor exercita funções do editor tradicional, caracterizadas pelo poder de decidir se publica, se retira, se retarda ou se altera o conteúdo da notícia ou informação. Mas, se apenas fornece espaço em seu sistema para que o usuário edite sua 'home page', aplica-se o mesmo raciocínio adotado para as mensagens de 'e-mail', ou seja, não se pode compelir o provedor a examinar milhares de noticias divulgadas em 'sites' que hospeda, que agilmente podem ser alteradas, assim como não se espera que examine milhões de 'e-mails' em busca de mensagens difamatórias" (Apelação Cível n° 261.864 4/1-00, 4ª Câm "A" de Direito Privado, Rel Des. **Márcia Tessitore**, 25/11/2005).

A providência, na prática, implica no exame de todo o material que transita pelo site, procedendo-se o exame do seu conteúdo, tarefa que não pode ser exigida de um provedor de serviço de hospedagem. Ademais, ainda que assim não fosse, a verificação do conteúdo das veiculações, implicaria, no fundo, à restrição da livre manifestação do pensamento, o que é vedado pelo artigo 220 da Constituição Federal. Abusos na manifestação do pensamento, uma vez identificados os seus autores, a reparação é assegurada, por seu lado, no disposto no artigo 5º, inciso V, da citada Constituição Federal.

Nessa diretriz, este Tribunal deixou assentado: *"Internet - Mensagens depreciativas inseridas em site de relacionamento (orkut), com o nítido propósito de denegrir a imagem objetiva de marca notória que se expande no mercado mediante franquias-Provedor de hospedagem que cumpre o dever de, ao ser cientificado do ilícito, bloquear o conteúdo e despaginar a comunidade que fez uso ilegal da comunicação na rede, excluindo a obrigação de pagar danos morais que somente é possível em caso de negligente controle (artigo 186, do CC). Provimento, em parte"* (Apelação n. 591.312.4/5, da Comarca de Franca, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator **Enio Santarelli Zuliani**, julgamento em 30 de julho de 2009).

Acesso ao Sumário

Ainda: "*Indenização. Responsabilidade Civil. Danos morais. Ocorrência. Afirmações de natureza ofensiva divulgadas em página pessoal de sítio eletrônico de relacionamento ("orkut"). Ausência, contudo, de responsabilidade do provedor de serviços de internet ("Google") pelas informações veiculadas. Inexistência de dever legal ou convencional de controle ou fiscalização prévia de conteúdo. Dados que foram publicados exclusivamente por terceiros. Nexo de causalidade inexistente entre a conduta lícita da requerida e os danos. Sentença afastada. Recurso provido*" (Apelação n. 629.576.4/9-00, da Comarca de Jaboticabal, Sexta Câmara de Direito Privado, Relator **Vito Guglielmi**, julgamento em 02 de abril de 2009).

Mas, por outro lado a demandante quando teve conhecimento das mensagens postadas, solicitou ao demandado que retirasse a página do ar, porém, o mesmo considerou que não havia qualquer irregularidade, somente o fazendo por determinação judicial.

A luz do disposto no artigo 186 do Código Civil a omissão do réu, ora apelante, em remover de pronto o conteúdo de fls. 31/45, consolida o ato ilícito, que, por seu turno, com arrimo no artigo 927 do mesmo diploma legal, gera a obrigação de indenizar.

Segundo, a doutrina de **MARCEL LEONARDI**: *"Nota-se, portanto, que a responsabilidade dos provedores de hospedagem por atos ilícitos, praticados por seus usuários é subjetiva, advindo apenas de eventual conduta omissiva, de negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil. Isso ocorrerá quando o provedor de hospedagem deixar de bloquear o acesso à informação ilegal disponibilizada por um usuário, ou quando não o fizer em tempo hábil, desde que tenha sido previamente informado a esse respeito e desde que não haja dúvidas sobre a ilicitude da conduta perpetrada pelo usuário"* (in Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet, Editora Juarez de Oliveira, 2005, pág. 176).

Nesse sentido, inclusive, precedente emanado do Superior Tribunal de Justiça: *"Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada"* (Recurso Especial n. 1.193.764-SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 14.12.10).

Este Tribunal, em casos parelhos, também reconheceu a responsabilidade da apelante em razão da conduta omissiva por ela adotada: Apelação nº 990.10.126564-8, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator **Francisco Loureiro**, j. 21.10.2010; Apelação nº 0022604-78. 2009.8.26.0344, Marília, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator **Luiz Antônio Costa**, j. 17.08.2011.

Portanto, o dano moral da autora não decorre pelo fato de não ter impedido a divulgação das ofensas e sim por não ter suspendido a divulgação da mesma assim que foi alertada pela apelada, ora autora.

O valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Tribunal de Justiça, sendo certo que na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcional ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da autora e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. REsp nº 145.358-MG, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira.**

Acesso ao Sumário

No que toca ao valor da indenização, a r. sentença fixou a quantia equivalente a oito mil reais (R$ 8.000,00), valor que realmente se mostra adequado para o caso em tela.

Apenas uma observação.

Os juros de mora devem ser contados a partir da data do fato.

É que somente quando se tratar de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros de mora respectivos devem ser regulados pelo artigo 406 do atual Código Civil (STJ - RESP 576173-MS, RESP 327378-RJ, RESP 99928-MG, RESP 136599-SP (RSTJ 104/357), RESP 181151-SP, REsp 576173/MS - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/05/2004 e TJSP - da 3ª Câmara de Direito Privado, da relatoria do Des. Beretta da Silveira: *Apelações nºs. 237.040-4/0, 354.412.4/2-00, de São Paulo, 289.710.4/4-00, de São Bernardo do Campo, 354.412.4/2-00, de São Paulo, 350.352.4/9-00, de Bauru, 627.934.4/9-00, de São José do Rio Preto, 637.053.4/6-00 de Vila Mimosa/Campinas, 641.374.4/5-00, de Franca, 990.10.006629-3, de Pirajuí, 990.10.023708-0, de São Paulo, 990.10.088381-0, de Santo André, 990.10.091243-7, de Bauru, 990.10.082867-3, de Bauru, 990.10.114973-7, de Ribeirão Preto, 990.10.112587-0, de São Paulo, 990.10.119177-6, de São Caetano do Sul, 990.10.117074-4, de Suzano, 990.10.145706-7, de Votuporanga, 990.10.151464-8, de São Paulo, 990.10.159877-9, de Guariba, 990.10.162943-7, de Franca, 990.10.163197-0, de São Caetano do Sul, 990.10.104575-3, de Campinas, 990.10.181244-4, de São Paulo, 990.10.187828-3, de São Paulo, 990.10.209289-5, de São Paulo.*

Mas, no caso não há relação contratual válida e, portanto, os juros de mora devem ser contados a partir da data do fato danoso.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da autora e dá-se provimento em parte ao do réu para afastar o decreto de revelia e reconhecer que ao réu não pode ser atribuída a pré-verificação de todo o conteúdo postado, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016069-50.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCUS V. M. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 15260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J.L. MÔNACO DA SILVA (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS E EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. Pretensão de alteração do prenome, em virtude da sua condição de transexual. Sentença de improcedência. Data da distribuição da ação: 24/06/2013. Valor da causa: R$ 1.000,00.

Apela o interessado, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que no seu termo de nascimento conste nome feminino, dada sua condição psicológica. Pondera que sempre se compreendeu como mulher. Pugna pela aplicação da Constituição Federal, que garante o bem estar físico, mental e social. Sustenta que o permissivo está contido nos arts. 55, 57 e 58 da Lei nº 6.015/1973, visto que seu atual prenome vem lhe causando constrangimento, pois não condiz com seu gênero psicológico.

Cabimento.

Pretensão fundamentada em situação vexatória. Informações prestadas pela psicóloga que identifica incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade que a parte relatou sentir. Transexualidade é considerada doença (CID-10 - F64.0), consistente no: *desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto*. Cirurgia de transgenitalização dispensável para a alteração de nome.

Recurso provido com determinação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 95/96, que julgou improcedente pedido de alteração de registro civil de nascimento de **Marcus** V. M., para que passe a chamar **Bruna** M., ação proposta sob o fundamento de que o gênero que lhe foi atribuído ao tempo do nascimento, não reflete sua condição

psíquica.

A sentença fundamentou sua negativa julgando ser imprescindível a cirurgia de modificação do sexo biológico.

Inconformada, apela o autor (f. 101/116), pugnando pela reforma da sentença, para que seu registro seja adaptado à sua condição psicológica. Pondera que sempre se compreendeu como mulher. Pugna pela aplicação da Constituição Federal que garante a todos bem estar físico, mental e social. Sustenta que o permissivo está contido nos arts. 55, 57 e 58 da Lei nº 6.015/1973, visto que seu prenome causa-lhe constrangimento, pois não condiz com seu gênero psicológico. Insiste ser desnecessária a cirurgia de adequação sexual para que ocorra a modificação do nome.

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso (f. 122/123).

É o relatório.

O apelo procede.

Conforme se depreende dos autos, a parte autora, nascida em 23 de junho de 1976, ingressou com ação de retificação de assento para modificação de seu prenome de Marcus V. para Bruna.

Diz que é transexual feminino, já submetida a avaliação psicológica realizada no ambulatório da Disciplina de Endocrinologia do Hospital das Clínicas de São Paulo, recebendo parecer psicológico favorável (f. 30).

As informações constantes do parecer revelam incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade:

> "A paciente realizou a avaliação diagnóstica, finalizada em 10/06/2008, no ambulatório da Disciplina de Endocrinologia do Hospital das Clínicas de São Paulo. Encontra-se atualmente em processo de psicoterapia no processo Transexualizador. Assim sendo, a mudança do pré-nome para um condizente com a sua identidade de gênero (feminina) facilitaria seu processo de integração social e profissional, em acordo com o Decreto 55588/10, de 17 de Março de 2010 de São Paulo."[1] (f. 30)

As certidões negativas de distribuições criminais, cíveis, juizados especiais cíveis e de protestos (f. 31/62), indicam que o pleito não se presta a burlar direito de terceiros.

Consta, também, declaração da parte autora onde relata o seu constrangimento, pois pretende a retificação de seu nome para "ser tratada como uma mulher" (f. 28).

Foram apresentadas declarações de duas testemunhas, Maria Alves de Jesus e Stella Ferreira Funari (f. 64/68), que confirmam conhecer Bruna, e

Acesso ao Sumário

1 http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/821985/decreto-55588-10

identificá-la como mulher.

A questão levantada está adstrita à necessidade ou não da cirurgia de transgenitalização para a retificação do nome.

Embora a parte apelante afirme a intenção da cirurgia (f. 75 e verso), esta possui caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico.

De acordo com a classificação de Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, o transexualismo é considerado doença (CID -10, F 64.0) identificado que:

> *"Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado"*

Assim, diante da situação fática vivida pelo requerente, da identificação da doença acima descrita, não há como se lhe impedir a adequação de prenome.

O fato de ainda não haver se submetido a cirurgia não é causa suficiente a impedir a modificação pretendida.

É inegável que as situações estão intimamente ligadas, pois a mudança de nome é um passo determinante à mudança de sexo, revelando-se importante fator de autodeterminação, repercutindo nas relações privadas e públicas.

Nesse sentido, o reconhecimento do direito do transexual à alteração de seu prenome, conforme o sentimento que ele têm de si mesmo, ainda que não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não será o procedimento cirúrgico, em si, que definirá a sexualidade da pessoa, mas sim o sexo psicológico estabelecido de maneira irreversível.

O próprio Estado já se encarregou de disciplinar o processo transexualizador através da Resolução do Conselho Federal de Medicina CFM n. 1652/2002, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, bem como na Portaria n. 1707/2008, do Ministério da Saúde que dispõe sobre o processo transexualizador, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e o Decreto do Estado de São Paulo n. 55.588, de 17 de março de 2010, que disciplina o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos Órgãos Públicos.

Portanto, ausente potencial lesivo ao interesse de terceiros, comprovado o estudo e avaliação psicológica autorizador da retificação pleiteada, a procedência do pedido é de rigor, razão pela qual merece guarida o apelo para que se determine a alteração, no registro de nascimento, do nome da autora para

Acesso ao Sumário

"Bruna M.", mediante averbação no termo de nascimento. Sem sucumbência por se tratar de pedido de jurisdição voluntária.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para o fim de retificar o registro de nascimento da parte autora, no qual deverá constar o nome de Bruna M..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0963756-75.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ANDRÉ LUIS DE MOURA LACERDA, é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. POR MAIORIA DE VOTOS. VENCIDO O EXMO. 3º DESEMBARGADOR, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 15.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI E FABIO TABOSA.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: APELAÇÃO - SENTENÇA *CITRA PETITA* - Sentença que não aprecia todas as pretensões deduzidas pelo autor, especificamente a que se refere ao pleito compensatório pelos danos morais - Decretação de nulidade da r. sentença recorrida, em razão de sua natureza *citra petita*.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 24/26, que extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos seguintes ternos: **"Posto isso, indefiro a petição inicial (artigo 295, I do CPC) e julgo extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei. Não formalizado o polo passivo, deixo de estipular sobre honorários advocatícios. As custas iniciais devem ser suportadas pelo autor, observado o art.12 da Lei 1060/50."** (fls. 26)

Acesso ao Sumário

Irresignado, insurge-se o autor, ora apelante, às fls. 32/36, pugnando pela reforma da r. sentença. Preliminarmente, requer a anulação da r. sentença. No mérito, por sua vez, aduz que o débito justificante do protesto e da negativação já foi quitado, de maneira que as baixas incumbem ao Banco réu, paralelamente à compensação moral pelas manutenções indevidas.

Não foram apresentadas contrarrazões, porquanto ainda não foi formada a relação processual.

Recurso regularmente processado.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

Em breve síntese, o autor, ora recorrente, pugnou pela baixa do protesto e da negativação de débito já quitado (cf. fls. 06 vº) e, além disso, pela compensação moral decorrente da manutenção indevida (do protesto e negativação) <u>após o pagamento da dívida</u> (cf. fls. 06 vº).

A Douta Magistrada sentenciante, por seu turno, reconheceu a falta de interesse processual, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

> **"Quanto ao pedido em si, o feito deve ser extinto, sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, como passarei a expor.**
>
> **Observo que o autor deixou de quitar as parcelas vencidas a partir de 03/10/2011 (parcela no. 14), o que, inclusive, ocasionou a propositura de ação de busca e apreensão pela requerida (autos 1806/2012).**
>
> **Durante mais de um ano, portanto, permaneceu com restrição de seus dados em razão do inadimplemento contratual e do protesto do titulo. Tendo quitado o débito recentemente, no final do mês de agosto, sustenta ter sofrido danos de ordem extrapatrimonial decorrentes da manutenção destas restrições.**
>
> **<u>Ora, o autor poderia perfeitamente ter solicitado a baixa do protesto/restrição mediante a comprovação do pagamento e emissão de carta de anuência da requerida, não se tratando de ônus ou providência exclusiva da requerida, até porque durante mais de um ano houve justa causa para o apontamento</u>.**
>
> **<u>O protesto deu-se de forma legítima, porque na data em que o título foi protestado, o autor, efetivamente, estava em mora</u>.**
>
> **<u>Neste caso, a obrigação de providenciar o cancelamento do protesto (fls. 15) transfere-se ao próprio autor, que foi quem deu causa a sua efetivação</u>.**
>
> **<u>(...) Posto isso, indefiro a petição inicial (artigo 295, I do CPC) e julgo extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do</u>**

Acesso ao Sumário

<u>Código de Processo Civil. Custas na forma da lei</u>. Não formalizado o pólo passivo, deixo de estipular sobre honorários advocatícios. As custas iniciais devem ser suportadas pelo autor, observado o art. 12 da Lei 1060/50" (fls. 25)

Com o devido respeito, a r. sentença há de ser anulada por estar configurado *error in procedendo*, consistente na natureza *citra petita* da r. sentença.

Com efeito, a r. sentença apresenta-se *citra petita*, porquanto afastou a pretensão de baixa da negativação com fundamento na inexistência de interesse processual, mas não há manifestação sobre o pedido compensatório decorrente dos alegados danos morais sofridos pelo apontamento.

Nesse contexto, deve ser observado o art. 128 do Código de Processo Civil, que determina que o julgador decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa do demandante.

Isto é, quando da prolação da sentença o julgador deve se ater às questões de fato e de direito que foram apresentadas pelo autor na petição inicial, sendo essa a peça processual que irá, efetivamente, limitar a decisão que será proferida na lide, não podendo decidir mais do que foi pedido e nem deixar de apreciar todas as questões que foram apontadas na mencionada peça processual.

Sobre o tema lecionam os Ilustres Mestres Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior da seguinte forma, a saber:

"Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença. O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça a sentença será eivada de vício, corrigível por meio de recurso. (...)". (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, nota 1 ao art. 460, pág. 779.)

Entretanto - conforme destacado -, a prestação jurisdicional de Primeiro Grau encontra-se incompleta, porque a sentença foi silente quanto à integralidade do pedido, ensejando, assim, a sua nulidade. Nesse sentido:

"1. A decretação de nulidade da sentença citra petita em sede de Apelação não requer a prévia oposição de Embargos de Declaração, podendo mesmo ser decretada sua nulidade de ofício."[1]
"PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO CITRA PETITA. NULIDADE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. A nulidade da sentença que deixa de apreciar

Acesso ao Sumário

1 STJ - REsp. 327.882/M.G. (20010079503-2), Rel. Min. Edson Vidigal, j. Em 21/08/2001, DJ de 01/10/2001.

pretensão material que integra o pedido formulado na inicial, decidindo citra petita, pode ser decretada de ofício pelo Tribunal ad quem - (REsp. 243.294/SC, Ministro Vicente Leal, DJ 24/04/2002). Recurso Especial não conhecido."[2]

Nesse mesmo diapasão:

"SENTENÇA CITRA PETITA - NÃO APRECIAÇÃO DE PEDIDO - NULIDADE DA SENTENÇA - DECLARAÇÃO OFICIOSA DO VÍCIO - POSSIBILIDADE - INVALIDAÇÃO DECRETADA. Se a sentença não se pronuncia a respeito de todos os pedidos formulados pelo autor ocorre o fenômeno conhecido como sentença citra petita, vício que pode ser conhecido de ofício pelo Tribunal, ocasionando a sua invalidação e a determinação para que outra seja proferida, com expressa análise a respeito daquele pedido de condenação por danos morais"[3]

"A sentença que não esgota a prestação jurisdicional e, em conseqüência, não aprecia todas as questões de fato e de direito formuladas pelas partes, é ato processual nulo, face ao prescrito no art. 458, do CPC, de modo que, ausente a manifestação judicial, quanto à alegação do requerido, sobre a existência de cobrança abusiva de juros, matéria apta à descaracterização do inadimplemento, deve-se decretar a nulidade do decisum."[4]

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, dá-se provimento ao recurso para declarar a nulidade da r. sentença recorrida, em razão de sua natureza *citra petita*.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 5.745)

Com o devido respeito, ouso divergir da douta maioria.

Citra petita, com efeito, a sentença não é. Levou efetivamente em consideração também o pedido indenizatório por danos morais, considerando descabida a pretensão, por ter sido o protesto cambial tirado legítimo.

O problema é que chamou a isso, como também ao pedido de baixa do próprio protesto, de falta de interesse de agir, daí a extinção sem apreciação do mérito. Pode-se, pois, questionar o tratamento ao tema como condição da ação, quando na verdade é de mérito, e por extensão o julgamento da forma como

Acesso ao Sumário

2 STJ - REsp. 180.442/SP (1998/0048352-7), Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 21/09/2000, DJ de 13/11/2000.

3 TJMG. Apel. nº 0407554-9, 11ª Câm. Civ. Rel. Juíza Albergaria Costa. 22/10/03.

4 TJMG. Apel. nº 0410084-7, 13ª Câm. Civ. Rel. Juiz Mariné da Cunha. 30/10/03.

promovido, à guisa de indeferimento da petição inicial. Prestação jurisdicional incompleta, todavia, a meu ver não houve.

Nesses termos, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

FABIO TABOSA, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0206276-39.2009.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VRG LINHAS AÉREAS S/A, é apelado OLÁVIA BESSA DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA) E OUTROS.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. POR MAIORIA DE VOTOS. VENCIDO O EXMO. 3º DESEMBARGADOR, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 13.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN E FABIO TABOSA.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

FERNANDES LOBO, Presidente e Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Transporte aéreo doméstico de passageiros - Recusa da ré GOL a efetuar o embarque dos autores em voo do Ceará a São Paulo, ao argumento de que eles se apresentaram com cinquenta minutos de antecipação, não uma hora, ao balcão de *check-in* - Na ausência de disposição contratual clara, não se pode presumir que essa antecipação de sessenta minutos tenha como termo final o horário previsto do voo; deve esse cálculo ser feito com base na efetiva decolagem da aeronave - No caso concreto, o voo atrasou quase uma hora, de maneira que os autores se apresentaram, sim, no aeroporto observando o tempo mínimo exigido - *Jus et obligatio sunt correlata*; não se pode impor ao passageiro dever de conduta (pontualidade absoluta) que a própria transportadora, injustificadamente, não observou - Inteligência do CDC, art. 14, § 3º -

***Quantum* indenitário moral arbitrado na origem em absoluta atenção aos vetores que orientam a matéria - Danos materiais também caracterizados - Pretensão indenizatória procedente - Apelo não provido.**

VOTO

VISTOS.

Cuida-se de apelação interposta por VRG LINHAS AÉREAS S/A (GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A), contra a sentença de procedência da pretensão nestes autos veiculada por OLÁVIA BESSA DO NASCIMENTO e OUTROS, condenando a ré a indenizá-los em R$ 12.000,00 pelos danos morais que lhes impôs (a ser rateados entre os quatro coautores), além de repará-los em R$ 3.619,68 por danos materiais, valores monetariamente atualizados e com juros legais, nos termos do dispositivo. A cargo da ré os reflexos patrimoniais da sucumbência, arbitrada a honorária em 15% do valor global da condenação (fls. 137/139).

Apelou a ré VRG (fls. 144/152), arguindo sua ilegitimidade passiva e, no mérito, pretendendo a reforma da sentença à inversão do resultado. Sustenta a improcedência da pretensão dos autores, ao argumento de que presente a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva das vítimas, dizendo que os demandantes são os únicos responsáveis pela impossibilidade de embarque no voo. No mais, advoga que o dano material concedido na sentença não foi comprovado, assim como o dano moral. Subsidiariamente, pede a minoração do *quantum* compensatório arbitrado na origem.

Interposição tempestiva e bem preparada.

Recurso respondido (fls. 162/177).

É o essencial.

O apelo não comporta provimento.

Nesta lide, o fato danoso origina-se da má-prestação de serviços de transporte aéreo contratado pelos autores: colhe-se dos autos que adquiriram passagens de ida e volta de Juazeiro do Norte, Ceará, a São Paulo. No trecho de volta, foram impedidos pela ré de embarcar, ao argumento de que descumpriram cláusula contratual determinatória de que se apresentassem ao *check-in* com ao menos uma hora de antecipação relativamente à partida da aeronave. Como a família demandante (pai, mãe, dois menores) chegou ao balcão cinquenta minutos anteriormente à decolagem prevista, não se lhes permitiu embarcar.

Maior ainda foi a indignação dos apelados porque o voo partiu com atraso de pelo menos quarenta minutos - de maneira que, calculada a antecipação mínima de uma hora tendo por termo final a efetiva decolagem, resulta que os demandantes obedeceram à disposição contratual e regulamentar da ANAC.

Acesso ao Sumário

Os danos materiais invocados constituem o prejuízo patrimonial que sofreram para lograr retornar do sertão nordestino a São Paulo, já que a ré alegou só poder reembarcá-los cinco dias após e se viram obrigados a adquirir passagem partindo de Fortaleza por outra companhia. Os morais, a sua vez, orbitam o intenso sofrimento por eles sofrido, inclusive com crianças de tenra idade.

Tais fatos são todos incontroversos. Limita-se o apelo da ré GOL a arguir que é parte ilegítima, além de atribuir aos consumidores culpa exclusiva pelo evento, impugnando também a existência de danos morais e materiais, afirmando que dos fatos narrados não se extrai dano moral indenizável.

1. *De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva* suscitada, argumentando a ré que "Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A é apenas holding controladora da GOL, atualmente denominada VRG Linhas Aéreas S/A" (fl. 144).

Na lição de Humberto THEODORO JUNIOR, escoimado em AMARAL SANTOS, ADA PELLEGRINI GRINOVER e LIEBMAN,

> *Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. (...)*
>
> *Outrossim, porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimação passiva é elemento ou aspecto da legitimação de agir. Por isso, só há legitimação para o autor quando realmente age diante ou contra aquele que na verdade deverá operar efeito à tutela jurisdicional, o que impregna a ação do feitio de "direito bilateral".* (Curso de Direito Processual Civil, Rio: Forense, 2010. 51 ed. v. 1, p. 74).

Com efeito, a legitimidade deve ser aferida de acordo com a narrativa, feita pelo polo ativo, que integra a causa de pedir fática. Se todas as partes do processo, em tese, guardam relação inteligível com os fatos narrados (que amparam o pedido), têm elas *legitimatio ad causam*.

Acesso ao Sumário

Está caracterizada a pertinência subjetiva passiva da GOL - já que, no entender dos autores, a causa de seu dano indenizável decorre da má execução dos serviços por ela prestados.

Note-se que, perante o consumidor, a fornecedora (ao menos aparente) dos serviços é, inegavelmente, "Gol Linhas Aéreas Inteligentes" (fls. 44/46). Pouco importa, para o consumidor, a estrutura societária do Grupo GOL. É-lhe facultado demandar uma ou outra pessoa jurídica, indistintamente. Tanto mais se houve incorporação societária que lhe é alheia.

Aliás, nota-se que ambas as pessoas jurídicas compareceram espontaneamente aos autos (GOL e VRG), defendendo-se dos mesmos fatos,

apresentando procurações conjuntas etc. Deve subsistir, portanto, a GOL no polo passivo.

2. *No mérito, sem razão o apelo*.

Consigne-se de início, a fim de que se entenda a presente decisão, que incide à espécie o Direito Consumerista - afastando a incidência da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica.

A incidência do primeiro Diploma está afastada pelo teor de sua própria ementa: o Decreto nº 20.704/31 "promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao *transporte aéreo internacional*". Não há como pretender eventual incidência da referida convenção, portanto, se ela nem mesmo se destina à regência do transporte *doméstico* de passageiros - como *in casu*.

Resta tratar do CBA - que também não se aplica ao caso concreto.

E assim porque, por conta das regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, subsumem-se os litigantes à moldura nele descrita (arts. 2º e 3°, e § 2º, CDC).

Com efeito, o inciso XXXII, do art. 5°, e inciso V, do art. 170, ambos da Constituição da República de 1988, asseguram - como pilares do ordenamento jurídico pátrio a defesa do consumidor, promovida pelo Estado, na forma da lei, tendo a legislação especial instituído a Política Nacional das Relações de Consumo (Capitulo II do CDC) e o sistema de proteção ao consumidor, como formas de o Estado promover o equilíbrio nas relações de consumo. Nesse sentido, consagrou a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor (Lei n. 8.078/90, art. 14) e o principio da reparação integral dos danos causados ao consumidor (art. 6°, inciso VI, CDC).

Em resumo: com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, consagrou-se a aceitação plena da reparação do dano moral, de forma irrestrita e abrangente, sendo hoje pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo atraso de voo, *overbooking* e extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/65), bem como eventual responsabilidade subjetiva do transportador – incompatíveis com o regramento consumerista.

Por todos, confira-se o posicionamento de há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS. FALHA DO SERVIÇO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS.*

Acesso ao Sumário

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. QUANTUM *INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista.

(...) (AgRg no Ag 1380215/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 10/05/2012)

Postas essas premissas, no caso em exame, está caracterizado ilícito praticado pela ré. A que se entendam as razões de decidir, merece transcrição excerto do lapidar parecer do órgão do Ministério Público, Dr. Ari Sérgio Del-Fiol Módolo (fls. 193/196):

"Não é recente essa conduta rigorosa das empresas de aviação que, no entanto, não mostram o mesmo rigor no tocante aos seus próprios deveres. E no presente caso, reputo muito grave a falha da empresa de aviação, até porque o atraso dos passageiros foi efetivamente irrisório para alguém cujo voo já apresentava atraso de quarenta minutos.

De fato, o *site* da empresa aérea alerta que a antecedência para embarque é de uma hora. Nada mais. Como a contagem resulta óbvia, é de crer-se que seja uma hora antes do voo. Seria verdadeira ofensa ao bom-senso imaginar que fosse contado o prazo a partir da hora prevista para o voo. Afinal, *jus et obligatio sunt correlata*, de forma que o horário previsto para o voo deve valer para ambas as partes, ou para nenhuma delas. Logo, se ele não foi respeitado pela empresa aérea, não lhe seria lícito exigir pontualidade de seu passageiro.

Viria o argumento de que o voo poderia estar sujeito a intempéries, que os controladores de voo poderiam retardar a decolagem e assim por diante. Mas essa imprevisão poderia afetar os passageiros, também sujeitos às mais diversas ocorrências. (...)

De qualquer forma, porém, o fato é que o horário de embarque, no presente caso, já estava alterado pelo atraso da própria empresa aérea, cujo avião decolou quarenta minutos após o horário previsto. Nada havia, portanto, que pudesse impedir o embarque dos autores. Nenhum argumento técnico ou relativo a horário que a própria Gol não respeitou.

Nesse ponto, *venia concessa*, não entendo viável a aplicação do entendimento da culpa reciproca, com a consequente redução da verba indenizatória.

De plano, há que se destacar a responsabilidade objetiva da empresa aérea,

Acesso ao Sumário

que responde pelos atos praticados pelos seus prepostos, independentemente de culpa, além de garantir, por força de contrato, que levará o passageiro ao seu destino com segurança (...).

Assim exposto o entendimento, cumpre atentar para o fato de que não existe, *in casu*, demonstração efetiva e indubitável, de que os autores teriam perdido o horário por sua única e exclusiva culpa. Os fatos atestam o contrário, porque o voo estava com quase uma hora de atraso, de forma que a pontualidade dos passageiros seria irrelevante. E, ademais, não há qualquer razão para impor-se ao passageiro uma espera prolongada, decorrente da desídia do próprio transportador.

Aliás, desídia que esbarra, nesse processo, em má conduta processual, *vênia*. Já superada a fase de produção de prova documental, a ora apelante insere nas suas razões um documento antes não juntado (fl. 149), fazendo com que o documento fosse integrante das razões recursais (...).

Má sorte a do apelante, porque esse "documento" (fl. 149) confirma aquilo que os autores estão afirmando desde o início da demanda: há a advertência, mas não há nenhuma informação de que seriam impedidos de embarcar.

Claro que isso exigia maior cautela dos passageiros, mas ao mesmo tempo impunha mais cautela para o transportador, porque esse documento sequer afirma que a antecedência é da hora prevista para o voo. Claro que o prazo deve ser contado para o voo, considerando-se, inclusive, eventual atraso, sob pena de ofender-se o necessário equilíbrio contratual, já que, como dito alhures, *jus et obligatio sunt correlata*.

Vergasta-se a ambos, passageiro e transportador, porque se a cautela era de se exigir ao primeiro, muito mais havia de se exigir do segundo, cujo dever era primordialmente o cumprir o contrato de transporte, e não livrar-se dele na primeira oportunidade.

Não é exagero afastar a culpa exclusiva da vítima. Ao contrário, ainda que a admita, é inafastável que o transportador se houve com culpa, e essa segunda foi especial e visivelmente mais grave, o que até afasta a culpa dos passageiros por um atraso irrisório em voo que já estava com sua partida postergada em quase uma hora".

Enfim. Está mais que caracterizado, pelas razões acentuadas, flagrante inadimplemento contratual *por parte da ré* - donde deflui o dever de indenizar.

O abalo moral consistiu no intenso desconforto sofrido pelos autores decorrente do desencontro de informações, recusa do embarque, horas perdidas em estrada para chegar até o aeroporto de Juazeiro do Norte (os autores estavam em cidade longínqua, Quixelô), frustração no retorno a São Paulo... inúmeras situações impositivas de evidente prejuízo à tranquilidade de férias - tudo isso fartamente documentado nos autos, e fora de controvérsia.

Acesso ao Sumário

A conduta da transportadora, como explanado, tem de ser analisada pelo prisma da responsabilidade objetiva (daí não prosperarem as alegações apelatórias acerca da ausência de culpa), nos termos do art. 14 do CDC. Não se verificam, aqui, nenhuma das circunstâncias do § 3° do referido dispositivo. Na ausência de culpa comprovada da vítima ou de terceiro, à prestadora de serviços toca suportar os prejuízos do evento, posto que, ao celebrar o contrato de transporte aéreo de passageiros, assumiu obrigação *de resultado*, garantindo a eficácia, pontualidade e segurança das operações - o que, em última análise, é o risco de seu negócio.

Passando-se, agora, ao campo da fixação do *quantum* correspondente á compensação - após caracterizada a responsabilidade -, ao juiz "são conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível" (Código Civil Comentado, Org. Ricardo Fiúza. São Paulo, Saraiva, 2008. 6ed).

A respeito da matéria, anota Ricardo Fiúza, na obra supracitada:

> *Na reparação do dano moral, não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial, O dano moral resulta na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, liberdade, honra, liberdade etc. (...).*
>
> *Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores objetivos e subjetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, da eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito.*

Na controvérsia vertente, analisados os vetores mencionados, se fixado *quantum* indenizatório fora de patamares razoáveis, mesmo que sob a escusa de desestimular a conduta danosa, inobservar-se-ia a situação econômica dos passageiros, em desatendimento à proporcionalidade e razoabilidade.

No caso concreto, a verba foi fixada até com modicidade em primeiro grau (doze mil reais, a dividir-se entre os quatro autores). Não propicia aos autores proveito econômico equiparável a "prêmio de loteria", e não representa reprimenda injustificável à transportadora, não se podendo reduzir a verba a valor menor. O montante, ademais, sintoniza-se com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte acerca da questão (cf. STJ: REsp 786.609/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 28/10/2008; Ag. Reg. no AI n. 442.487-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/10/2006; TJSP: Apel. 9103008-69.2002.8.26.0000, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiers Fernandes Lobo, j. 10/02/2011;

Acesso ao Sumário

Apel. 0206221-31.2008.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Tarciso Beraldo, j. 09/02/2011).

Não se perca de vista, ademais, que sobre o valor singelo incidirão ainda *juros moratórios legais*, contados desde a citação, por ter sido contratual a origem do ilícito (1% ao mês - cf. arts. 405 e 406 do Código Civil, c.c. 161, § 1º, do CTN), afora *atualização monetária* a perfazer-se pela Tabela Prática do TJSP, desde a publicação da sentença recorrida, data da primeira fixação (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

Quanto aos danos materiais, estes correspondem ao prejuízo patrimonialmente aferível experimentado pela vítima - isto é, o que ela efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar (art. 402, do Código Civil).

O pleito indenizatório deduzido pelos requerentes por danos materiais orbita os gastos que tiveram para voltar a São Paulo o quanto antes, diante da recusa da ré.

O valor deferido em sentença (R$ 3.619,68) é consentâneo com a prova dos prejuízos que instruem os autos, devendo por isso ser mantido. Ele será monetariamente atualizado a partir do respectivo desembolso, e agregado de juros moratórios a partir da citação.

Os ônus sucumbenciais serão suportados pela ré, nos termos da sentença.

À luz dos fatos, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 5.744)

Ouso, respeitosamente, divergir da douta turma julgadora.

Com efeito, existe um horário limite para o *check in* e após esse é perfeitamente lícito o encerramento dos procedimentos de embarque. A partir daí, se o voo atrasa ou não (e são inúmeros os fatores que podem levar a isso), é fato que escapa por completo ao controle dos responsáveis pelo despacho. É simplesmente impraticável que seja marcado horário para a apresentação dos passageiros com base no horário da partida real. O horário tem em vista a hora marcada para o voo, a menos que o atraso já seja conhecido antes e que por isso os procedimentos de despacho de passageiros também sejam prolongados.

Assim, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso da empresa aérea, julgando improcedente a demanda.

FABIO TABOSA, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9251372-70.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TV OMEGA LTDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, e para o fim determinado, deram parcial provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA E NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

MAIA DA CUNHA, Relator

Câmara Extraordinária. Resolução nº 608.2013. Processos entrados no Tribunal em 2008 e 2009 e distribuídos a outros relatores. Redistribuição excepcional para cumprimento da Meta 2 do CNJ.

Ementa: Ação civil pública. Obrigação de não fazer relacionada à veiculação de produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira sem exigir do anunciante a comprovação científica de seus efeitos terapêuticos e comprovação de que tenham sido classificados como anódinos pelo Ministério da Saúde, bem como abster-se de veicular publicidade de medicamentos de venda sem exigência de prescrição que contenha informação sobre ser alimento, cosmético ou outro produto de consumo. Correção da r. sentença e considerações sobre o tema. Recurso parcialmente provido tão somente para afastar os honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou procedente ação civil pública de obrigação de não fazer relacionada à veiculação de produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira sem exigir do anunciante a comprovação científica de seus efeitos terapêuticos e comprovação de que tenham sido classificados como anódinos pelo Ministério da Saúde, bem como abster-se de veicular publicidade de medicamentos de venda sem exigência de

prescrição que contenha informação sobre ser alimento, cosmético ou outro produto de consumo.

Apela a ré TV OMEGA para a reforma da r. sentença, aduzindo, em suma, além de cerceamento por impossibilidade de comprovação de que os produtos Easy Diet (*complemento alimentar composto de quitosana*) e Maquiagem Corporal (*cosmético redutor de celulite e gordura localizada*) se inserem na previsão da Lei nº 5991/1973, que não há prova de veiculação de produtos de emagrecimento sem comprovação científica, até porque não veículos aqueles produtos como remédios ou da flora brasileira sem comprovação de eficácia. Afirma, ainda, que os meios de comunicação não respondem por publicidade enganosa ou abusiva, o que se faz pelas fabricantes anunciantes segundo o Código de Defesa do Consumidor, que a multa foi exagerada e que não há sucumbência na ação civil pública.

Os longos e bem deduzidos pareceres do MINISTÉRIO PÚBLICO, em primeiro e segundo graus, foram pelo improvimento do recurso.

Este é o relatório.

O digno Magistrado sentenciante julgou parcialmente procedente ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a TV OMEGA e o fez para condená-la à obrigação de não fazer relacionada à veiculação de produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira sem exigir do anunciante a comprovação científica de seus efeitos terapêuticos e comprovação de que tenham sido classificados como anódinos pelo Ministério da Saúde, bem como abster-se de veicular publicidade de medicamentos de venda sem exigência de prescrição que contenha informação sobre ser alimento, cosmético ou outro produto de consumo.

A r. sentença, no substancial ligado ao mérito da ação, está perfeita e adequada aos fatos e ao direito aplicável. Os fundamentos expendidos pelo digno Magistrado sentenciante, por pertinentes, ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, evitando-se a longa, fastiosa e desnecessária repetição, com outras palavras, dos mesmos fundamentos.

Por isso a regra do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (*"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la."*), que tem sido autorizada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. de 17.12.2004 e REsp n°

Acesso ao Sumário

265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

De todo modo, não custa ponderar que não houve cerceamento de defesa, seja pelo encerramento da fase do inquérito com a propositura da ação, seja pela ausência de dilação probatória na sua fase judicial, o que se afirma porque a prova documental e os elementos de convicção era suficientes para o julgamento.

Reafirma-se, quanto ao mérito, que a ré, como emissora de televisão, é concessionária de serviço público e veiculou publicidade envolvendo os medicamentos Easy Diet (*complemento alimentar composto de quitosana*) e Maquiagem Corporal (*cosmético redutor de celulite e gordura localizada*), que à época não estavam registrados no Ministério da Saúde. E por medicamento se deve entender o *"produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico"* (art. 4º, II, da Lei nº 5991/73), regra na qual se inserem apesar dos esforços da apelante para transmudar suas naturezas e destinações com a finalidade de transmudá-los para alimentos e cosméticos.

Não foi por outra razão, aliás, que, como lembra a própria apelante, foi multada pela ANVISA em relação aos produtos mencionados, na condição de medicamentos sujeitos ao disposto na Lei nº 9294/96, que dispõe sobre *"as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do parágrafo quarto do artigo 220 da Constituição"*.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 37, nos §§ 1º a 3º, veda a publicidade enganosa, como é aquela que cuida de medicamento como se fosse cosmético ou alimento e capaz de levar a engano o consumidor e colocar em risco a sua saúde pela falta de informação essencial do produto, incidindo exatamente na hipótese em julgamento que, além disso, ainda veicula produtos fitoterápicos da flora sem que seja o anunciante obrigado a exibir a comprovação científica ou de classificação anódina pelo Ministério da Saúde.

Adota-se, ainda, como fundamentos para o improvimento deste recurso as alentadas razões expendidas pelo Ministério Público, tanto em primeiro como em segundo graus (fls. 1338/1345 e 1348/1365).

Acesso ao Sumário

No que tange à multa foi bem fixada na r. sentença, sem excesso na medida em que visa efetivamente dissuadir a apelante de qualquer postura contrária à decisão judicial, ao mesmo tempo em que impõe a correta obtenção dos dados e informações indispensáveis aos anúncios que se vinculam às obrigações estipuladas pela r. sentença.

Apenas num ponto merece pequeno reparo a r. sentença. É que não há honorários advocatícios na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, a teor da bem anotada jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1364, final).

No mais, fica integralmente mantida a r. sentença.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9212544-68.2009.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é apelante NATANAEL ALVES GENUINO (ESPÓLIO) (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SEBASTIÃO PERES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14908)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 22 de novembro de 2013.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Reintegração de posse - Comodato verbal por prazo indeterminado - Alegação de doação informal do imóvel - Inadmissibilidade - Exigência de ato solene para formalização da doação (arts. 108 e 541 do CC) - Esbulho possessório configurado com o decurso do prazo concedido na notificação, sem a desocupação do imóvel pelos comodatários - Aluguel, de natureza indenizatória, devida em razão da mora dos comodatários - Aluguéis que devem ser apurados em regular liquidação por arbitramento (art. 475-C do CPC) na falta absoluta de elementos objetivos para sua imediata aferição - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse c/c pedido de aluguéis proposta por **NATANAEL ALVES GENUINO (ESPÓLIO)** em face de **SEBASTIÃO PERES DE SOUZA**, julgada improcedente pela r. sentença de f179/179v.

Apela o autor, sustentando, em resumo, que a "doação informal" é

Acesso ao Sumário

inválida, exigindo a legislação para a doação de imóvel superior a 30 salários mínimo a escritura pública (art. 541 do CC). Não possuindo o réu instrumento público capaz de sustentar a doação do imóvel, não pode o comodato perpetuar-se em suposta tese de doação informal, sendo caso de prover-se o recurso para determinar-se a desocupação do imóvel diante do esbulho praticado pela não restituição do imóvel após a notificação, além da condenação ao pagamento de aluguel.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação de reintegração de posse de imóvel localizado na Rua Japão, 156, Ferraz de Vasconcelos.

Narra o autor na inicial ter adquirido o imóvel em 02/08/95, sendo emprestado (comodato verbal) ao réu quando ainda vivo o autor. Apesar de notificado em 16/06/06 a desocupar o imóvel, deixou de restituir o imóvel ao autor, por isso deve o requerente, além de ser reintegrado na posse, pelo esbulho cometido, deve ser indenizado pelo aluguel, desde o término do prazo concedido para desocupação e até efetiva desocupação, com valor a ser liquidado por sentença.

O Juiz julgou improcedente assim fundamentando a sentença:

"(...) Não há falar, entretanto, em esbulho praticado pelo réu. Com efeito, a prova testemunhal coligida aos autos atesta que a posse exercida pelo réu é de boa-fé, nos termos do art. 1201 do Código Civil. A toda evidência que o inventariado, Natanael Alves Genuíno realizou promessa de doação do referido imóvel ao requerido. Nesse sentido, foram os depoimentos harmônicos e uníssonos do filho e companheira, respectivamente, do inventariado, Margarida Guglielmino, sob o crivo do contraditório, disse que, embora inexistente documento formal, o Natanael doou em vida o imóvel ao réu. Esclareceu ainda que, tem consciência da vontade do seu ex-companheiro e, por isso, não se opõe à doar o imóvel ao requerido. Por sua vez, Aluízio de Oliveira Genuíno, nesta solenidade, informou que, há muitos anos seu pai havia doado o imóvel e que, ouviu o seu genitor, dias antes de falecer, o pedido de que ele cuidasse de tudo e formalizasse o contrato de doação para o requerido e suas filhas. Os relatos acima transcritos foram corroborados pelo depoimento da testemunha Valcir Tadeu Hungria que, declarou que o Sebastião morava muitos anos no imóvel e nunca o Natanael havia cobrado qualquer valor locatício. Diante destas provas, o emerge a posse de boa-fé do requerido. Nos termos do art. 538 do Código Civil, considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outro. Evidente que ainda não instrumentalizada

Acesso ao Sumário

a doação, o réu residiu e ainda mora no local, como o ânimo de dono, inclusive com o pagamento de todos os encargos referentes ao imóvel conforme documentos de fls. 53/123, sem que possa imputar qualquer ato de má-fé. Nesta quadra, considerando as circunstancias em que a posse foi transferida, não há como lhe imputar qualquer ato esbulhatório. Vale consignar que, os demais herdeiros de Natanael Alves Genuino e, por consequente, pessoas inteiramente interessadas no imóvel, declaram a ocorrência da promessa de doação. Outrossim, saliente-se a sinceridade do depoimento do outro filho do inventariado Aluízio no que tange aos motivos pelos quais seu pai não regularizou a devida transferência do imóvel o que, por certo, mais uma vez, indica a boa-fé da posse do réu. Por fim, tenha-se que a jurisprudência é firme no sentido de valorar a promessa de doação com expectativa de direito o que, de fato, ocorreu no caso vertente e dá suporte a posse de boa-fé do requerido."

O autor, no apelo, sustenta inválida a "doação informal", exigindo forma escrita.

Pelo meu voto, data vênia do entendimento do E. Juiz de Direito, estou dando provimento ao recurso.

Na hipótese, o requerido alegou que o autor, enquanto ainda vivo, adquiriu o imóvel com a intenção de doá-lo às filhas do réu, a quem considerava como suas netas, porquanto viveu maritalmente com sua mãe por mais de 30 anos.

Conquanto fosse até a intenção do autor, enquanto vivo, doar o imóvel ao réu ou suas filhas, fato é que isso não chegou a ser formalizado.

A doação do imóvel não chegou a ser formalizada porquanto o requerente adoeceu e morreu, embora desde a aquisição do imóvel, em 2/8/95 (fls. 10/15), até sua morte em 24/10/2001 (fls. 8), tivesse tido tempo mais do que necessário para formalizar o ato, caso fosse essa sua vontade realmente.

A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular (art. 541 do CC).

O art. 108 do CC, por outro lado, salvo disposição legal em contrário, exige a escritura pública para validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direito reais sobre imóveis de valor superior a trinta (30) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Disso emerge, pois, deve o caso ser solucionado à luz das disposições dos referidos artigos mencionados.

Não se tem notícia fosse o imóvel inferior a 30 salários mínimos ou de pequeno valor, de forma a que pudesse admitir a doação verbal (art. 541, § único, do CC).

Se, portanto, a doação do imóvel exigia forma solene, não poderia ser preterida por outra.

Acesso ao Sumário

Daí a razão para não se admitir a doação verbal no caso específico.

Desta forma, evidencia-se que a ocupação do réu no imóvel deriva mesmo de comodato verbal.

Com o falecimento do autor (fls. 8), os sucessores notificaram o requerido denunciando o desinteresse na continuação do comodato e a sua desocupação no prazo de 30 dias (fls. 18/19), fato não impugnado pelo requerido.

Não desocupado o imóvel no prazo concedido, a ocupação que era lícita transmudou-se para ilícita, caracterizando o esbulho, autorizando a utilização do remédio possessório para a recuperação da posse.

Ademais, também devido o aluguel como indenização pela retenção ilícita pelo comodatário.

Com efeito, o aluguel em caso de descumprimento do prazo para restituição do bem dado em comodato tem natureza indenizatória e visa ressarcir o comodante por eventuais perdas e danos sofridos em razão da mora do comodatário.

O art. 582 do Código Civil estabelece expressamente que: "*O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.*".

Na lição de Washington de Barros Monteiro colhe-se que "o aluguel é apenas a maneira pela qual se indeniza o comodante dos prejuízos decorrentes da mora." (Curso de Direito Civil; direito das obrigações, Saraiva, 4ª ed., 1965, v. 2, p. 214).

Assim, devido o aluguel em decorrência da mora do comodatário na restituição do imóvel.

Tratando-se, de comodato por tempo indeterminado, a indenização passa a contar 30 dias depois de sua notificação (21/06/06), portanto, devidos os aluguéis a partir de 21/07/2006, quando restou caracterizada a mora do comodatário até a data da efetiva desocupação do imóvel.

Diante da falta absoluta de dados objetivos para imediata fixação dos aluguéis, de rigor sejam eles apurados em regular liquidação por arbitramento, nos termos do art. 475-C do CPC.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso para julgar-se procedente a ação, determinando-se a expedição de mandado de reintegração de posse em favor do autor e a condenação do réu a pagar aluguel pela mora na desocupação do imóvel. Sucumbente, suportará o requerido as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da

Acesso ao Sumário

condenação.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9289782-03.2008.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE UCHOA, é apelado ALBERT GRAFICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20738)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA E FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Embargos à execução. Improcedência. Duplicatas mercantis não aceitas, acompanhadas dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias. Regularidade. Comprovantes que vieram em cópias autenticadas, viabilizando a execução. Cobrança excessiva. Redução e adequação, prosseguindo-se na execução. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução, condenada a embargante no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 12% sobre o valor do débito (fls. 65/69).

Recorre a embargante (fls. 71/75).

Sustenta carência da execução, pois ausente comprovante de entrega e recebimento das mercadorias; apresentação de trinta e dois comprovantes, frente

a trinta e seis duplicatas executadas; falta de executividade dos títulos, já que sem aceite e desacompanhados dos comprovantes de entrega das mercadorias; requer a reforma da sentença e a procedência dos embargos.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processa do, com resposta (fls. 77/79).

Os autos vieram redistribuídos em cumprimento à Resolução nº 608/2013.

É o relatório.

Cuida-se de embargos a execução ajuizada com base em duplicatas inadimplidas, acompanhadas das notas fiscais e comprovantes de entrega das mercadorias (fls. 13/88, do apenso).

A primeira sentença foi anulada, para que a apelante fizesse prova a cerca do não recebimento das mercadorias, com a consequente irregularidade das duplicatas e impossibilidade da execução.

Determinada a produção de prova oral, ambas as partes desistiram das oitivas (fls. 57/58). Nesse contexto, de rigor a improcedência dos embargos.

A duplicata é título de crédito causal, que somente pode ser sacada quando ocorrer compra e venda mercantil a prazo não inferior a trinta dias (art. 1º, da Lei n. 5.474/68).

Nesse sentido, a cobrança da duplicata por meio de processo de execução pode ser feita com a simples apresentação do título aceito ou, não havendo aceite, deverá ser acompanhada *"de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria"* (art. 15, II, b, da Lei n. 5.474/68).

É o que ocorre nos autos.

Apesar da combatividade da apelante, certo é que todos os comprovantes vieram juntados a fls. 85/88 do apenso, em cópias autenticadas, tornando viável e regular a execução.

A cópia autenticada, no caso, equivale ao original, pois conferido por Tabelião, que possui fé pública. No mais, aspectos meramente formais não ultrapassam a inadimplência da apelante.

Com relação às notas ficais e duplicatas sem comprovantes, de ser acolhido parcialmente o pleito da apelante, apenas para excluir da cobrança os valores referentes às notas 001-773 (fls. 19/20 do apenso), 002-660 (fls. 43/44 do apenso) e 002-848 (fls. 53/54 do apenso), pois desacompanhadas dos respectivos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias.

Quanto à nota 001-775, há comprovante, a fls. 87 do apenso, correspondente ao quarto canhoto, cuja numeração ficou sobreposta à expressão "nota fiscal fatura", daí a dificuldade de reconhecimento.

Ante o exposto, o meu voto dá parcial provimento ao recurso, apenas para excluir da execução os valores relativos às notas e duplicatas referidas

(001-773, 002-660 e 002-848), prosseguindo-se no restante. Ante o decaimento mínimo da apelada, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, fica mantida a sucumbência como fixada na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019830-03.2009.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante SHIRLEY APARECIDA SALES CARVALHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado FABIANO SQUERUQUE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 14 de janeiro de 2014.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Filho da autora, com 17 anos de idade à época dos fatos, que se dirigiu à propriedade rural do réu, e por ele foi autorizado a montar em seu touro - Hipótese em que, durante a montaria, o animal chocou sua cabeça com a cabeça do menor, que caiu, vindo a falecer dias depois - Testemunhas que declararam que no local não havia treinamento de peões, sendo apenas um local onde as pessoas podiam montar, gratuitamente, no animal - Irrelevância - Responsabilidade do réu caracterizada - Art. 936 do Código Civil - Caso em que o réu não poderia ter autorizado que a vítima montasse no touro sem equipamentos de segurança e sem comprovar sua verdadeira idade - Danos morais devidos, em razão da perda de um ente querido - Réu que quis acionar o resgate, não o tendo feito porque os amigos da vítima optaram por levá-la ao hospital em seu próprio veículo - Fixação da indenização em R$ 50.000,00,

Acesso ao Sumário

ante as peculiaridades do caso - Danos materiais não comprovados - Pensão mensal por morte devida desde a data do óbito até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, no valor de 2/3 do salário mínimo, reduzida para 1/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade ou até a morte de sua genitora - Sentença parcialmente reformada - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a presente ação de indenização por danos materiais, pensão por morte e danos morais. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00, observado o fato de ser beneficiária da Assistência Judiciária.

Recorre a autora, pleiteando a reforma total da r. sentença, a fim de que o réu seja condenado a pagar pensão de um salário mínimo em razão da morte de seu filho, danos materiais, no valor de R$ 15.000,00 e danos morais, no montante equivalente a 300 salários mínimos.

Recurso processado e respondido.

É o relatório.

No dia 29 de abril de 2009, Renan Rodrigues de Moura, filho da autora e com 17 anos de idade à época, dirigiu-se à propriedade rural do réu, no local onde este treinava touros para participar de rodeios, e foi autorizado pelo proprietário a montar em um de seus touros.

Ocorre que, durante a montaria, o animal chocou sua cabeça com a do menor, que caiu e foi levado ao hospital por seus amigos, vindo a falecer em 09 de maio de 2009. Por este motivo, a mãe da vítima ajuizou a presente ação em face do proprietário rural, pleiteando indenização por danos materiais e morais, além de pensão por morte.

Acesso ao Sumário

O juízo de primeiro grau julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que "*não há como se imputar qualquer responsabilidade ao réu pela morte do filho da autora, pois não restou configurado que as circunstâncias do acidente se devessem à ação ou omissão daquele, mas sim, demonstrado à evidência que o sinistro se deu única e exclusivamente em decorrência dos atos da própria vítima, que, ao montar no touro, assumiu os riscos inerentes a tal prática*" (fls. 144).

A r. sentença merece parcial reforma.

Nos termos do art. 936 do Código Civil, "*o dono, ou detentor, do animal*

ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

Restou devidamente comprovado que, no local onde o acidente ocorreu, o réu treinava touros que, no futuro, participariam de rodeios. Embora pelos depoimentos colhidos se tenha afirmado que o local não era destinado ao treinamento de peões, e sim de touros, não há como treinar estes animais sem alguém para montá-los, o que era feito pelo próprio réu, segundo as testemunhas, ou por quem se aventurasse a montá-los, como ocorreu com a vítima, filho da autora, sendo que muitas pessoas costumavam se reunir ali para assistir a esses treinos.

Irrelevantes, por outro lado, os motivos que levaram a vítima a montar no touro, podendo ser o de meramente se exibir para a plateia, ou o de provar as suas habilidades para algum empresário de rodeio que, eventualmente, estivesse assistindo aos treinamentos. Relevante, todavia, é que a profissão de peão é muito bem paga, face aos riscos a ela inerentes, não podendo o réu desconhecer que aos treinos de seus touros, poderiam aparecer pessoas (em geral jovens) se oferecendo para montá-los, despreparados para a montaria, porém, dizendo-se habilitados e experientes e arriscando tudo para serem contratados como peão.

No dia dos fatos, a vítima (Renan) chegou ao local com alguns amigos, e pediu para montar em um dos animais. De acordo com as testemunhas, o menor aparentava ser maior de idade e disse que tinha experiência. Alertado pelos colegas a utilizar capacete, teria se recusado a fazê-lo. Mesmo assim, foi autorizado a montar o animal.

Como é cediço, este tipo de atividade é de alto risco, não sendo razoável que qualquer pessoa monte em um animal bravo, como o touro, que está sendo treinado para dar saltos, sem utilizar um equipamento de proteção, ou ter um mínimo de treinamento. O réu, simplesmente, se omitiu de fazer qualquer destas exigências. Nem mesmo exigiu o documento de identidade da vítima, onde constava a sua menoridade!

O touro de propriedade do réu não estava mansamente caminhando pelo pasto quando a vítima, por molecagem, resolveu montá-lo se exibindo para amigos. Nesta hipótese até poderíamos concordar com a sentença, atribuindo a culpa com exclusividade à vítima, pois o réu não teria tido nenhuma participação. Mas, não foi isso o que ocorreu! O réu desenvolvia em sua fazenda uma criação de touros para rodeio, atividade que demanda alguém para montá-los e puxar a corda (chamada sedém) para fazê-los saltar (aliás, a testemunha André Luis Bueno da Silva disse que o touro saltou chocando sua cabeça contra a da vítima, no instante em que esta puxou a corda fls. 103). Vale dizer, o réu desenvolvia em sua fazenda uma atividade empresarial, pelo que se torna responsável, também, pelos riscos inerentes a essa atividade.

Acesso ao Sumário

Por tudo isso, afasto a culpa exclusiva da vítima na causação do acidente que acarretou a sua morte, e reputo presentes os pressupostos da responsabilidade civil do réu, a implicar o pagamento de indenização por danos morais em favor da autora, genitora da vítima.

Ressalte-se que a responsabilidade civil independe da criminal, nos termos do art. 935 do Código Civil, de modo que o arquivamento do inquérito policial envolvendo os fatos aqui debatidos não afasta o dever de indenizar.

No que tange ao valor da indenização, necessário que se leve em consideração às condições econômicas do réu, que, ao que tudo indica, não é pessoa de posses. Ademais, a autora deixou claro em seu depoimento na Delegacia de Polícia do Município de Birigui que tinha conhecimento de que seu filho frequentava locais para treinar montaria, esclarecendo, ainda, que sempre que possível, ela o acompanhava (fls. 49). Vale dizer, ela também incentivava o filho a se arriscar por uma vida melhor, que poderia decorrer de sua eventual contratação como peão!

Destarte, ainda que não presente na data dos fatos, tinha a genitora ciência de que seu filho, mesmo menor, costumava montar em touros, o que não parece razoável a uma mãe que deveria defender a integridade física de seu filho. Afinal, ninguém monta um touro de rodeio por mero deleite!

Pondera-se, também, que o réu, ao contrário do quanto afirmado pela autora, não se recusou a socorrer a vítima, tendo oferecido sua ajuda, que só não foi aceita pelos amigos de Renan porque estes temiam a demora da chegada do resgate.

Por todos estes motivos, o valor pleiteado pela apelante (300 salários mínimos) é extremamente exagerado, merecendo sofrer redução. Assim, fixa-se o montante indenizatório em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor da autora, genitora da vítima, que foi privada para sempre da companhia e do afeto de seu ente querido. Tal montante deve ser corrigido a partir deste decisório e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da data do óbito.

No que tange aos danos materiais, no entanto, razão não assiste à apelante. Isso porque as despesas materiais alegadas (despesas hospitalares e funerárias, no valor de R$ 15.000,00) não foram comprovadas, não sendo razoável exigir-se que o apelado pague elevada quantia sem a efetiva demonstração das mesmas.

Por fim, o pedido de pensão mensal por morte também deve ser acolhido em parte.

A alegação de que a vítima exercia atividade laborativa não restou comprovada. De acordo com o entendimento do C. STJ, a indenização pela morte de filho menor que não exercia atividade remunerada deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo, até que a vítima completasse 25 anos de idade e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário mínimo até que a

Acesso ao Sumário

data em que a vítima completaria 65 anos de idade ou até o óbito do beneficiário (o que ocorrer primeiro). Vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.*
>
> *1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização.*
>
> *2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.*
>
> *3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido."* (AgRg no Ag 1217064/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MÁ CONSERVAÇÃO DE RODOVIA E PRECARIEDADE DE SINALIZAÇÃO. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO PÓS-MORTE EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda. Precedentes: REsp 740.059/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 06/08/2007; REsp 1258756/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/05/2012; REsp 427.842/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04/10/2004.*
>
> *2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1228184/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Destaque-se que, no presente caso, o termo inicial da pensão deve ser a data do óbito de Renan, isto é, 09/05/2009.

Isto posto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para julgar a

Acesso ao Sumário

ação parcialmente procedente, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais à autora no valor de R$ 50.000,00, corrigidos a partir da data do acórdão e com juros de mora de 1% ao mês a partir da data do óbito da vítima, e ao pagamento de pensão mensal por morte no montante equivalente a 2/3 do salário mínimo, desde a data do óbito até que a vítima completasse 25 anos de idade e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade ou até o óbito da autora. Em razão da maior sucumbência do réu, este deverá arcar com o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, observado o fato de ser beneficiário da Assistência Judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0125609-43.2007.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AGROSUL EMPREENDIMENTOS AGRO PASTORIS LTDA, é apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 27.905)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: 1. Locação de imóveis - Renovatória de locação - Adoção do valor do aluguel apurado pelo perito nomeado pelo juízo - Utilização de método adequado - Equidistância dos interesses das partes.

2. Diferença entre os alugueres provisórios pagos no curso da lide e os efetivamente devidos que deve ser paga com correção monetária e juros respectivos.

3. Autora vencida no valor do aluguel proposto e ré vencida na resistência à renovação - Sucumbência recíproca bem decretada - Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 777/780, declarada a fls. 858 e cujo relatório é ora adotado, julgou parcialmente procedente a ação renovatória relativa a bem imóvel, daí o apelo da ré, a fls. 794/818, buscando a reforma e sustentando, em síntese, que o aluguel mínimo deve ser de R$ 133.500,00; dentre outros, aduz que o imóvel é provavelmente o único da região com espaço de estacionamento diferenciado que valoriza o imóvel, de sorte que a taxa de renda sobre ele deve ser de 10% e não de 6%; é errônea a divisão classificatória entre padrão médio e padrão simples, que deve ser única para todo o imóvel; o imóvel só tem serventia para a apelada justamente porque parte dele pode ser aproveitada como depósito de mercadorias; assim, o padrão construtivo é o ideal para o desempenho de suas atividades; deve constar explicitamente da sentença a condenação do apelado ao pagamento da diferença entre os alugueres devidos e os já pagos para evitar insegurança jurídica; finalmente, a sucumbência não é recíproca, em suma, porque não se opôs à renovação.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões a fls. 829/839, subiram os autos.

É o relatório.

Cuida-se de ação renovatória envolvendo imóvel localizado na Avenida Santa Catarina, 1672, Bairro do Jabaquara nesta Capital, insurgindo-se a locadora em relação ao valor apurado pelo perito e acolhido pela sentença, para o mês de junho de 2008, no importe de R$ 113.551,00.

Pretende que seja acolhido o laudo de seu assistente técnico que encontrou, para o mesmo mês, o valor de R$ 133.500,00. (fls. 544)

Todavia, a r. sentença apelada bem justificou a aceitação do laudo do perito judicial destacando que o método comparativo é o mais adequado à espécie, consentâneo com as condições do imóvel e demais fatores apontados no trabalho pericial, que se mostra adequado para a situação em exame em virtude das características do imóvel e de sua localização.

Especificamente no que concerne à aplicação da taxa de renda sobre o espaço utilizado como estacionamento, em momento algum a área respectiva foi tomada como subaproveitada pela perícia, tendo sido o seu valor considerado na apuração da citada taxa, como se vê dos seguintes trechos:

> Para a parcela de área complementar (9.000,00m² - 5.288,00m² = 3.712,00m²), definida como não eficiente embora utilizada para estacionamento, fator preponderante para viabilizar o comércio - supermercado - que está sendo explorado pela Autora no imóvel, será aplicada a taxa de renda de 6% ao ano. (fls. 445-446)

> **1. Tendo o Sr. Perito atribuído taxa de renda de 6% ao ano à parcela do imóvel destinada a estacionamento, e considerada**

subaproveitada diante da alíquota aplicada, indaga-se:

1.1. É viável uma atividade comercial que explora vendas no varejo em larga escala (ex: supermercado, loja de materiais de construção, revendedoras de veículos) ser instalada em imóvel desprovido de estacionamento para clientes?

Resp. 1.1.) No entender deste signatário, não é viável uma atividade comercial do tipo explorada pela empresa requerente, sem estacionamento para clientes. Como será esclarecido na crítica ofertada pelo assistente técnico da requerida, o signatário não considerou subaproveitada a área de estacionamento. (fls. 635-636) (grifei)

E no que tange ao enquadramento de partes do imóvel em padrões diversos de construção, o *expert* esclareceu, a fls. 637-638 em resposta aos quesitos 2.2. e 2.4., que a totalidade da classificação não deve ser regida pela construção predominante, no caso, o salão de venda e outras, que se enquadram no padrão galpão médio.

A esses argumentos deve ser ponderado que o laudo produzido pelo *expert* nomeado pelo juízo é equidistante do interesse das partes e foi muito bem elaborado.

Em situações análogas, esta Câmara tem orientado:

"LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. RENOVATÓRIA. 1. Na fixação do locativo prepondera o valor do mercado imobiliário com a adoção, sempre que possível, do método comparativo. 2. Tendo a perícia judicial, de forma equidistante e isenta de ânimo, bem aferido o valor do locativo, deve prevalecer. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação n° 0104412-36.2008.8.26.0346 - Relator Des. FELIPE FERREIRA).

"RENOVATÓRIA - VALOR DO ALUGUEL - PERÍCIA OFICIAL - PREVALÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. Nas ações renovatórias a perícia judicial é o mais seguro elemento informador do convencimento do juiz. É ela, na prática, o único meio adequado de que dispõe o magistrado visando aferir o grau de reajuste necessário para retirar o aluguel do nível de defasagem em que se encontra, equiparando-o ao valor de mercado." (Apelação n° 0373757-08.2010.8.26.0000 - Relator Des. RENATO SARTORELLI).

Por outro lado, reputo conveniente definir, desde já, que a diferença entre o valor dos alugueres pagos a partir da data da renovação e aqueles efetivamente devidos em decorrência da condenação é devida com correção monetária e juros moratórios contratuais desde os respectivos vencimentos.

Finalmente, a sucumbência recíproca foi bem reconhecida, pois, ao contrário do propalado no recurso, houve evidente resistência ao pedido renovatório em si, ainda que sob a alegação de irregularidades formais, pois

Acesso ao Sumário

alegou, dentre outras, a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de requisitos para a ação renovatória.

Assim, se de uma parte sucumbiu a ré em relação à renovação, sucumbiu o autor em relação ao valor do aluguel proposto, daí o acerto da repartição dos ônus sucumbenciais.

Pelo exposto, por esses fundamentos e apenas para o fim indicado, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042048-37.2011.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante/apelado PAUL GASCHLER, são apelados/apelantes MÔNICA GASCHLER e PETER GASCHLER.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, deram provimento ao recurso, prejudicado o adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2014.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Doação. Revogação. Ingratidão. Art. 557 do Código Civil. Hipóteses taxativas segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes. Existem exceções que admitem a natureza exemplificativa, como no precedente trazido na apelação, do qual participei. No caso, contudo, prescinde-se dessa prévia definição porque os fatos mencionados na inicial são capazes de, em tese, caracterizar a injuria grave que permite a revogação pelo inciso III do art. 557 do Código Civil. Julgamento antecipado que, no contexto, cerceou a defesa do autor. Necessidade de colheita de prova oral, inclusive depoimentos pessoais, para que seja prolatada nova sentença de mérito e se possa dirimir definitivamente a questão. Recurso provido para

Acesso ao Sumário

tanto, prejudicado o adesivo.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou extinta, sem exame do mérito, ação de doação de quotas sociais, sustentando o autor apelante, em suma, que é exemplificativo o rol de previsões do art. 557 do Código Civil e que a ingratidão dos donatários réus está assentada nos fatos narrados na inicial, tendo havido cerceamento de defesa com o julgamento antecipado antes das provas que pretendia realizar em audiência.

Alternativamente, caso o Tribunal entenda que pode ser aplicado o art. 515, § 3º, deve a ação ser julgada procedente porque após a doação passou a sofrer retaliações e injustiças dos filhos donatários, ora apelados, inclusive com a retirada do pró-labore combinado e todo tipo de óbices para o funcionamento da única empresa que lhe restou e fica no mesmo imóvel das demais empresas, tudo a permitir a conclusão de que houve injúria moral até mais grave do que a física.

Adesivamente recorrem os réus para a elevação dos honorários advocatícios de modo a remunerar com dignidade em ação de vultoso valor e complexidade.

Este é o relatório.

O recurso, com a devida vênia, merece provimento.

O digno Magistrado sentenciante interpretou restritivamente o art. 557 do Código Civil para concluir que são taxativas as hipóteses previstas nos incisos I a IV e nenhuma delas está sequer em tese descrita na inicial. E, por isso, baseado na falta de possibilidade jurídica do pedido, julgou extinta a ação sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, primeira figura, do Código de Processo Civil.

Não agiu acertadamente, contudo. E não exatamente porque, com amparo em boa doutrina, entendeu que são taxativas as hipóteses do art. 557 do Código Civil. É o entendimento que predomina também na jurisprudência deste Tribunal de Justiça de São Paulo: AP. 0021629-51.2010.8.26.0011, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, em 20.04.2013, Unânime; AP 9170327-78.2007.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Vilenilson, em 03.08.2010, Unânime; AP 9079484-09.2003.8.26.0000, Rel. Des. Egidio Giacoia, em 13.07.2010; AP 9126539-82.2005.8.26.0000, Rel. Des. Vito Guglielmi, em 25.10.2006.

Acesso ao Sumário

O meu entendimento pessoal é sentido de que são exemplificativas as hipóteses do texto legal, permitindo-se que outras não expressamente previstas possam ser graves o bastante para a revogação da doação por ingratidão. Por isso concordei com o precedente da lavra do Desembargador Francisco Loureiro, desta 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento do qual participei (Apelação

nº 671.351-4/5-00, Piracaia, em 29.10.2009, fls. 866). Mencionando doutrina abalizada o eminente relator funda o entendimento na correta ponderação entre a especificação legal, para evitar abuso do doador, e os diversos fatos da vida real que podem significar ingratidão capaz de justificar a revogação.

De todo modo, a hipótese dos autos prescinde dessa definição prévia pela turma julgadora. Isso porque, em tese, os fatos narrados na inicial podem se constituir em injúria grave capaz de caracterizar a ingratidão de que cogita o art. 557, III, do Código Civil. E, com a devida vênia do digno Magistrado sentenciante, não é relevante, para efeito de apreciação do mérito, se os fatos narrados na inicial foram expressamente nominados como injúria grave, prevalecendo o princípio secular de que cabe à parte narrar os fatos e ao juiz dar o direito que seja aplicável.

E é nesse particular que o recurso é provido.

Ainda que descritos na inicial, e já em parte amparados por prova documental, era fundamental que a respeito deles fosse colhida a prova oral pretendida pelo apelante, inclusive com a tomada dos depoimentos pessoais para a melhor e mais completa verificação de ter ou não havido injúria, e, em caso positivo, se foi grave.

É primordial que se faça a dilação probatória a respeito dos fatos graves e controvertidos contidos nas alegações de ingratidão envolvendo filhos e pai.

Por isso, preservado o entendimento do digno Magistrado sentenciante, mas para permitir que o Tribunal possa amanhã resolver em definitivo se houve ou não ingratidão suficiente para a procedência da revogação da doação, o provimento do recurso é para que, anulada a r. sentença por cerceamento de defesa, sejam tomados os depoimentos pessoais das partes, ouvidas as testemunhas que forem arroladas e proferida nova sentença sobre o mérito da ação.

Para tanto o provimento do recurso.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá provimento ao recurso, prejudicado o adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011782-55.2010.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTÔNIO CAMELO MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RETÍFICA DE MOTORES CASA VERDE LTDA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.535)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO E MATHEUS FONTES.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2014 .

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Indenizatória. Danos materiais. Lucros cessantes. Retífica. Motor de veículo de transporte coletivo. Arguição de má prestação dos serviços. Improcedência. Prestígio. Decurso de ano entre os serviços oferecidos e o novo problema. Nexo de causalidade incomprovado. Autor que não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito - artigo 333, I, do CPC. Cenário do artigo 252 do RITJSP. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização com pedido de danos materiais e lucros cessantes - julgada improcedente pela r. sentença de fls. 301/302 - ajuizada por Antônio Camelo Machado em face de Retífica de Motores Casa Verde Ltda.

Reivindica-se - em apertada síntese - reforma da r. sentença para julgamento da procedência da ação, em repercussão nos consectários de estilo.

Recebido o recurso - no duplo efeito - anotada a gratuidade, vieram contrarrazões a fls. 328/334, onde se postula condenação pela litigância de má-fé.

É o relatório.

Declara o autor que contratou com a empresa-ré serviços para retífica do motor de seu veículo.

Efetuada a tarefa, o problema voltou a aparecer, tendo, inclusive, que trocar o motor.

Desta forma, culpa a empresa pela má prestação dos serviços, pleiteando danos materiais e lucros cessantes, estes hauridos da perda salarial, considerado o uso do veículo para transporte coletivo.

Pois bem.

A perícia judicial foi inconclusiva em atestar a responsabilidade da

Acesso ao Sumário

empresa-ré nos danos causados ao autor (fls. 175/193).

Entre a retífica realizada pela ré e a troca do motor, decorreu o interregno de mais de ano.

Há outros fatores que podem ter influenciado a trinca no bloco do motor, tais como, o uso diário para o transporte de pessoas (das 05h40min às 22h50min - fls. 263) e o tempo transcorrido.

Não se vislumbra, portanto, nexo de causalidade entre os serviços prestados e os prejuízos advindos.

Ademais, o autor não comprovou que, à época da retífica realizada pela empresa-ré, o veículo apresentava trinca no motor.

Segundo relato da testemunha do autor, Felipe de Almeida Soares Mendes, inquirida a fls. 271, "da primeira comunicação do defeito até o efetivo reparo pela retífica Engediesel transcorreu cerca de um ano. Por seu conhecimento acredita que um veículo com trinca no motor não fica mais que um mês em funcionamento".

A hipótese contempla apelante que não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (artigo 333, I, do CPC).

Do preceito que distribui o ônus da prova, no direito processual brasileiro, se colheu duas finalidades, "regra de instrução, com o que visa estimular as partes à prova de suas alegações e as adverti-las dos riscos que correm ao não prová-las. Serve ainda como um guia para que o juiz, no que aparece como regra de julgamento, a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidi-la sem arbitrariedade, formalizando seu julgamento com a aplicação do art. 333, CPC".

(...)

Como regra de julgamento, o ônus da prova destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa. Nessa acepção, o art. 333, CPC, é um indicativo para o juiz livra-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre a alegação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz de julgar improcedente o pedido (...) (**in**, *Código de Processo Civil, Comentado artigo por artigo*, Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, Editora: Revista dos Tribunais, 2012, p. 336).

Nessa intelecção, ***probare oportet, non sufficit dicere, probatio incumbit asserenti*** - não basta dizer, é preciso demonstrar.

De litigância de má-fé não se cogita.

O direito da parte de recorrer é constitucionalmente assegurado - artigo 5º, inciso LV. Ademais, o recurso está fundamentado - não contemplando as hipóteses do artigo 17, do CPC - impossível ampliação - **numerus clausus**.

Acesso ao Sumário

In casu, prevalece o julgamento da improcedência do pedido sob o primado do **actore non probante absolvitur reus** e em consonância com o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Por tais razões, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006186-31.2011.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante INDÚSTRIA DE MÁQUINAS GUTMANN LTDA., é apelado WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA..

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26011)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente) e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação monitória. Cheques sem força de título executivo - cheques prescritos. Embargos monitórios não acolhidos. Apelação apenas em relação ao termo inicial dos juros de mora e da correção monetária. Inteligência do art. 52, incisos II e IV, da Lei 9.357/85 (Lei dos Cheques). Doutrina. Termo inicial dos juros de mora e da correção monetária é a data da apresentação da cártula perante o banco sacado. Precedentes do TJSP. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A White Martins Gases Industriais Ltda. ingressou com ação monitória para a cobrança da quantia de R$ 21.992,70, referente a cheques sem força de título executivo. O devedor opôs embargos monitórios, não acolhidos na r. sentença. Inconformado, apelou apenas para suscitar que o termo inicial dos juros de mora e da correção monetária é a data da citação. Recurso processado e contrariado em seguida.

É o relatório.

Cuidam os autos de ação monitória lastreada em cheques sem força de título executivo [fls. 11/12].

O devedor opôs embargos monitórios não acolhidos pelo Juízo 'a quo' [fls. 77].

Inconformado, apela apenas para sustentar que o termo inicial dos juros da correção monetária é a data da citação.

Sem razão, contudo.

Há previsão expressa legal acerca da incidência de correção monetária e juros de mora.

Em relação aos juros, reza o artigo 52, inciso II, da Lei 7.357/85 que:

"O portador pode exigir do demandado:

II - os juros legais desde o dia da apresentação".

Não há, então, espaço para dúvidas.

Apenas a título de argumentação, não se aplica a previsão constante no artigo 40 da lei 9.492/97 - Lei de Protesto - em respeito ao princípio da especificidade, eis que a previsão na lei dos cheques afasta a regra genérica, aplicada a todos os títulos de crédito submetidos à lei de protesto.

"Art. 40 da Lei 9.492/97 - Não havendo prazo assinado, a data do registro do protesto é o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação contida no título ou documento de dívida".

Essa também é a conclusão da doutrina:

"Portanto, para o cheque, em quaisquer hipóteses, os juros começam a fluir sempre do dia da ocorrência de apresentação a pagamento, venha ou não a ser protestado" [Lei do Cheque - e novas medidas bancárias de proteção aos usuários, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, ed. Malheiros, 5ª ed., 2012, p. 351].

A correção monetária, por sua vez, está prevista no artigo 52, inciso IV, da Lei 7.357/85:

"O portador pode exigir do demandado:

IV - a compensação pela perda do valor aquisitivo da moeda, até o embolso das importâncias mencionadas nos itens antecedentes".

Aqui, entretanto, não há a previsão explícita acerca do termo inicial de sua incidência.

Apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

"(...) Ação monitória com lastro em cheque. (...) Atualização monetária. Termo inicial. Data da emissão. (...) A data de emissão do cheque é o termo

Acesso ao Sumário

inicial de incidência de atualização monetária" [STJ, AgRg no REsp 1.197.643/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 01.07.2011].

A doutrina explica que:

"A se levar ao extremo a orientação de incidência de correção monetária (e/ou juros) a partir da data da emissão, estar-se-ia, por inadvertência, criando uma inusitada obrigação ao banco sacado de fazer pagamento de cheque que lhe tenha sido apresentado, por inciativa do portador, muitos dias depois da emissão, com acréscimo de juros e correção monetária, do período de espera do próprio portador - o que contraria totalmente as regras atinentes ao cheque, que não admitem cláusula que altere a ordem incondicional de pagamento, pelo banco, mas somente da quantia fixa, nele "determinada". E resultaria, como desdobramento prático inconveniente, que todo cheque pago pelo sacado sem acréscimo além da data de emissão, mesmo que a apresentação seja sempre ato voluntário da iniciativa exclusiva do portador, produziria um resíduo de litigiosidade, para ser solvido pelo emitente e coobrigados, por juros e correção monetária intercorrentes. O que, ademais, transformaria o prazo de apresentação em fato especulativo, e o cheque, nesse período, em título de crédito ou de assunção de dívida.

A solução prático-jurídica sempre foi e será a da incidência de juros e correção monetária a partir da data da apresentação do cheque sem pagamento pelo banco sacado, o que não se contrapõe à orientação das Súmulas 43 e 54/STJ e está de conformidade com as regras atinentes às peculiaridades da natureza econômico-jurídica do cheque, como instrumento de pagamento à vista por terceiro, que tem como ato culminante sua apresentação ao banco sacado para liquidação, inclusive do direito potestativo do portador ao termo final.

Nesse sentido (...) firmou-se a jurisprudência do extinto 1º TACivSP, de que é exemplar o acórdão da ACi, embargos declaratórios acolhidos, julgamento de 30.11.1988, da 4ª Câmara, de que foi relator o Juiz Octaviano Santos Lôbo, que vem assim ementado e fundamentado:

"Execução - Cheque - Juros de mora e correção monetária - Incidência a partir da data da apresentação - Aplicação dos arts. 52, II, da Lei n. 9.357/1985 e 1º, §1º, da Lei n. 6899/1981."

"O cheque é título formal, autônomo, abstrato, que contém declaração unilateral de vontade enunciada pelo sacador por uma ordem de pagamento à vista, em dinheiro, dirigida ao sacado, em benefício do portador, correspondente à importância indicada. A obrigação é pro solvendo, incidindo juros moratórios e correção monetária desde o dia da apresentação" [Lei do Cheque - e novas medidas bancárias de proteção aos usuários, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, ed. Malheiros, 5ª ed., 2012, p. 352].

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

"Cheque prescrito. Título hábil para embasar a ação (...) Correção monetária e juros moratórios. Incidência da lei 7357/85. A lei do Cheque cuida expressamente do assunto, prevendo a incidência de correção monetária e juros moratórios contados desde a data da apresentação ao sacado" [TJSP, Ap. 9193782-43.2005.8.26.0000, Rel. Elaine Cristina Storino Leoni, 19ª Câmara de Direito Privado, DJ 26.05.2006].

Assim, tais encargos têm como termo inicial a data de apresentação da cártula perante o banco.

Mantém-se, portanto, integralmente a r. sentença.

Ante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0211851-34.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ SAULO PEREIRA RAMOS (ESPÓLIO) e EUNICE SANTINHA PEREIRA RAMOS (INVENTARIANTE), é apelado FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17566)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS E NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais. Direito à livre manifestação do pensamento e direito à honra. Preceitos de ordem constitucional que precisam ser equilibrados. Abuso de direito configurado. Ofensa à honra e imagem de magistrado em entrevista concedida por renomado jurista. Dever de indenizar. Indenização por danos morais fixada em patamar que atende a sua dupla função: compensar/penalizar. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls.247/258) julgou procedente ação indenizatória proposta por Francisco Carlos Inouye Shintate contra Saulo Ramos, condenando-o ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de indenização por danos morais. A MM. Juíza, assim o fez, sob o argumento de que o réu abusou do seu direito de crítica, em entrevistas concedidas à imprensa, discriminando o autor em razão de sua etnia, escolaridade e imagem profissional.

Inconformado, em suas razões de apelação (fls. 260/302), reitera a improcedência do pedido, argumentando que tem o direito de livre expressão do pensamento e que sua opinião em tom de crítica à pessoa pública não pode ser considerada ofensiva. Afirma que jamais teve intenção de ofender a honra do apelado e que seus comentários se resumiram à divergência jurídica cujo objeto era o desacerto da decisão judicial proferida pelo apelado. Sustenta que não efetuou críticas diretas a ele, apenas tecendo genericamente sua opinião acerca da falta de estudo e dedicação à ciência do Direito. Ademais, esses foram os fundamentos para a improcedência da ação indenizatória ajuizada pela integrante do Ministério Público contra a mesma entrevista que fundamenta o presente litígio. Afirma inexistir ato capaz de gerar o alegado dano moral, porquanto a decisão proferida pelo apelado gerou inúmeras críticas da comunidade jurídica, já que baseada em aplicação de uma norma inconstitucional, que no seu entender, caracteriza "*um erro jurídico de tão grave magnitude*". Por fim, argumenta que em seus cinquenta anos de advocacia sempre foi um fervoroso defensor da Magistratura e do Ministério Público, não tendo nenhuma intenção de ofender a honra de nenhum membro dessas instituições.

Contrarrazões às fls. 306/325.

Este é o relatório.

Trata-se de ação indenizatória pela qual o apelado, Juiz de Direito, alega ter sido ofendido em sua honra e imagem, após ser injustamente criticado em entrevista concedida pelo apelado, renomado jurista.

O objeto da celeuma foi a divergência jurídica sobre os fundamentos legais e constitucionais de uma decisão proferida pelo magistrado enquanto exercia o cargo de Juiz Auxiliar da 1º Zona Eleitoral de São Paulo, em 2008. Isso porque, acolheu representação oferecida pelo Ministério Público de São Paulo contra a Empresa Folha da Manhã S.A. e Editora Abril S.A. por prática de propaganda eleitoral antecipada.

Pois bem.

É incontroverso, que o apelante, sobre o assunto concedeu entrevista ao jornal "O Globo" e "Folha de São Paulo" e nessa oportunidade proferiu críticas ao nível de escolaridade e conduta profissional dos Magistrados e Promotores

de Justiça, dizendo que a eles falta estudo do Direito e mais especificadamente quanto ao magistrado, ora apelado, sobre o equívoco de ele ter aceitado a injusta representação e também que seu português era terrível; que ele não sabia escrever.

Nesse vértice, apesar de o apelado alegar o contrário, é induvidoso que a crítica foi direta à imagem e honra do magistrado, não se resumindo, como quer fazer parecer, a um debate jurídico sobre os fundamentos da decisão.

Está claro que a matéria fazia referência a decisão proferida pelo apelado e que, aliás, como afirmou o apelante foi objeto de muitas críticas na comunidade jurídica. Ademais, houve ressalva pelo apelante quanto ao seu respeito pelos cem anos da migração japonesa, o que não deixa dúvidas sobre a referência à pessoa do magistrado que pertence a essa etnia.

Portanto, correta a conclusão da MM. Juíza sobre o abuso de direito e o dever de indenizar, o que acato com razão de decidir: "*Quando o requerido atribuiu o teor das decisões proferidas pelo juiz à falta de estudo, à falta de leitura e à falta de escolaridade, extravasou o direito que tinha de discordar do entendimento do autor acerca da caracterização da propaganda antecipada e acabou por atingir a honra e a dignidade do requerente, maculando a sua imagem como profissional*".

E, por esse fato, é induvidoso que o apelado acabou por sofrer prejuízos de ordem moral.

No caso, o que não se permite é a manifestação do pensamento de forma abusiva, conforme se verificou, ainda que sob a justificativa de que o magistrado fundamentou sua decisão com base em norma que, no entender do ofensor, era inconstitucional, ou pelo fato de ter havido grave erro judiciário.

Ademais, o fato de a outra ação indenizatória que teve por base a mesma entrevista ter sido julgada improcedente, em nada influencia a solução dessa, porquanto, está claro que além de se referir genericamente a alguns magistrados e/ou promotores que têm má formação jurídica, dirigiu ofensas diretas ao apelado e embora sem citar nome, de fácil percepção, o que, de fato, caracterizou o ilícito por abuso do direto da livre manifestação de pensamento.

Afinal, sabe-se que concluir, afirmando, é bem mais do que sugerir ou mesmo insinuar e, no caso, o que se fez foi deixar essas assertivas sem apoio mais concreto do que a intuição, manifestando-as publicamente, ou seja, uma outra coisa.

E, nesse rumo, não pode ser compreendido no contexto que seria o permissivo do interesse público e da liberdade de manifestação e crítica, isto porque, ainda que respeitados diferentes estilos, bem como um estoque de argumentos poderiam ser considerados válidos nesse pretenso debate, emerge que não se pode cogitar de um exclusivo dote a permitir esse ou aquele mote, tal

Acesso ao Sumário

como pretendeu o apelante.

Cuida-se, aqui, de objetiva, concreta, e, isoladamente, não se aceitar com demasiada tolerância determinadas opções e escolhas. **Isabel Lustosa**, na obra **Insultos Impressos (Editora Companhia das Letras)**, é quem afirma que "*injúrias não são razões*", especialmente quando lançadas com o pensamento voltado apenas para a reação dos leitores para os quais foram manifestadas.

Portanto, e pela gravidade do ilícito, com relevante prejuízo a imagem profissional do magistrado, em razão de uma ofensa pessoal proferida por renomado jurista, mantém-se a r. sentença e a condenação por dano moral no valor de R$ 20.000,00, o que é suficiente atender o escopo de sua dupla função: reparar o prejuízo, buscando minimizar a dor da vítima e, punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Por outro lato, é necessário assegurar uma justa compensação, sem, entretanto, incorrer em enriquecimento ilícito por parte de quem a recebe, e, paralelamente, determinar a ruína daquele responsável pelo seu pagamento.

Ante o exposto, voto ***desprovimento do recurso.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9168492-21.2008.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante GERÔNIMO JOÃO DE QUEIROZ (ESPÓLIO), são apelados BENEDITA QUEIROZ DE PROENÇA, GORETE APARECIDA QUEIROZ PROENÇA, ANTÔNIO QUEIROZ PROENÇA e ANDRÉ QUEIROZ PROENÇA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.644)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: POSSE - Herança - Propriedade rural - Partilha em autos de inventário - Não ocorrência - Condomínio "pro indiviso" - Situação peculiar - Imóvel que foi dividido informalmente - Exclusão da posse que um herdeiro exerce há longa data sobre

Acesso ao Sumário

parte do bem - Impossibilidade - Partilha regular do bem, com a extinção do espólio - Necessidade:

- Tratando-se de propriedade herdada em condomínio "pro indiviso" e não tendo ainda havido a partilha do bem nos autos do inventário, não se autoriza que um dos herdeiros possa impedir que o outro permaneça na posse de parte do bem que já tem consigo há longa data, em especial quando se verifica que outros herdeiros já estão fazendo uso privado de outras partes da propriedade rural.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de apelação interposta pelo espólio Autor em face da sentença de fls. 77/78, que julgou improcedente a ação de reintegração de posse por ele ajuizada, condenando-o ao pagamento das custas processuais e da verba honorária advocatícia, fixada em 10% do valor dado à causa, observada a justiça gratuita que lhe foi concedida.

Espólio de Gerônimo João de Queiroz sustenta em seu apelo de fls. 81/85 que o *decisum* recorrido comporta integral reforma, pois o imóvel que é objeto da controvérsia é uma extensa propriedade rural e a área da sede vem sendo utilizada exclusivamente pelos Recorridos (em especial por Benedita Queiroz de Proença, que é uma das herdeiras do espólio), de modo a violar as regras do condomínio *pro indiviso* que caracteriza o bem.

Alega ainda que "quando do falecimento da genitora dos herdeiros, estes se reuniram e fizeram um mapa com a divisão das terras da propriedade em 11 (onze) faixas do mesmo tamanho, e resolveram fazer um sorteio da parte que caberia a cada um, com a exclusão da área da propriedade sede do sítio, visto que de maior valor e portanto deveria ser vendido e o dinheiro dividido entre todos os irmãos. Porém, a requerida que já estava na posse do imóvel não aceitou e sequer quis participar do sorteio, razão pela qual os demais herdeiros fizeram o sorteio e lhe reservaram a faixa de terras que lhe coube".

Por isso, visto que "a requerida não tomou posse da área que lhe foi reservada pelos demais herdeiros e tenciona ficar para si com a área onde está a casa sede e benfeitorias, isto em prejuízo de todos os demais herdeiros", afigura-se de rigor a concessão da reintegração de posse alvitrada, principalmente pelo fato de que a Apelada tem tornado impossível "a venda da área onde está a sede da propriedade, (...) pois a mesma impede a visita de qualquer interessado, e de fato ninguém se interessa por um bem que está na posse de outro e sob forte

Acesso ao Sumário

litígio".

O recurso é tempestivo, dispensado do recolhimento de preparo e foi recebido no duplo efeito (fls. 87). Benedita Queiroz de Proença, Gorete Aparecida Queiroz Proença, Antônio Queiroz Proença e André Queiroz Proença apresentaram as contrarrazões de fls. 89/91, requerendo a rejeição do apelo.

É o relatório.

I. A apelação não comporta provimento.

As partes não controvertem sobre o fato de que a Apelada Benedita Queiroz de Proença mantém consigo a posse do imóvel de que se cuida há muitos anos. Isso porque para lá se mudou em 1991, após o falecimento do *de cujus*, para cuidar de sua mãe viúva, e por ali permaneceu após o falecimento dela (que também é genitora da inventariante, ora representante do espólio Apelante).

Saliente-se que a lide está adstrita à casa que compõe a sede da propriedade, que se insere na extensão total de seis alqueires que o imóvel possui (vide descrição de fls. 45).

Considerando que se trata de imóvel de razoáveis proporções, os 11 filhos do casal (ou os herdeiros dos filhos já falecidos) esboçaram uma divisão do bem, de modo que cada um seria proprietário de uma parcela do terreno e o local em que se encontra a sede seria vendido a terceiros, repartindo-se entre eles a quantia obtida no negócio.

Sem adentrar no mérito das desavenças havidas entre os irmãos (ou seus herdeiros), é igualmente inconteste que não houve, até o presente momento, a efetiva partilha do imóvel, nos autos do inventário do espólio Recorrente.

Por isso, à luz do princípio da *saisine* e do artigo 1.580 do Código Civil de 1916, vigente à época do falecimento do autor da herança, há entre os herdeiros um condomínio *pro indiviso*, já que a propriedade continua, juridicamente, sendo apenas uma.

E existindo um condomínio entre as partes, não é dado a qualquer dos condôminos fazer uso exclusivo do bem comum, privando os demais de também dele se utilizarem.

Não pode deixar de ser considerado, todavia, que o caso presente possui particularidades a demandar uma solução mais adequada à realidade que deflui dos autos.

Isso porque os testemunhos colhidos em audiência de justificação (fls. 28/30) e em audiência de instrução (fls. 67/68), bem como os depoimentos pessoais das partes (fls. 65/66), demonstram que diversos herdeiros estão fazendo uso do imóvel, com fundamento na partilha informal que esboçaram para a coisa, estando sob a posse dos Recorridos apenas a área da sede do bem.

Mais que isso, a própria inventariante afirmou que "terceiros que

compraram parte dos herdeiros estão explorando o local", ou seja, além de ainda não ter ocorrido a divisão judicial (já que amigavelmente não houve acordo entre os herdeiros), já teria sido concretizada a "alienação" de partes do imóvel para terceiras pessoas (houve, na verdade, mera cessão de direito sucessório ainda não individualizado).

Mesmo que não seja esse o mérito da demanda, é imperativo destacar que todas essas cessões comunicadas nestes autos estão sujeitas à verificação de sua legalidade, pois, ao que tudo indica, foram realizadas sem autorização do Juízo onde tramita o inventário e dos órgãos administrativos competentes, em especial do Incra, pois a divisão do bem deve respeitar o tamanho mínimo dos módulos rurais. Não obstante, tais pontos deverão ser apreciados oportunamente, na sede processual adequada, cabendo, aqui, apenas o registro para que as partes não ignorem tais irregularidades.

O fato é que não se afigura correto, por força de todos estes fatos e em decorrência do tempo pelo qual a situação perdura, simplesmente ser determinada a desocupação da sede da propriedade, impondo-se aos Apelados o uso apenas da parte que os outros irmãos querem lhes impor, em decorrência de "sorteio" realizado entre eles.

Anote-se que o próprio Apelante destaca as razões pelas quais quer ver a habitação desocupada, pois "pretende, como melhor solução, a venda da área onde está a sede da propriedade, e sua divisão entre todos os herdeiros". Entretanto, trata-se de interesse não albergado pela lei, pois apenas com autorização judicial poderá ocorrer a alienação total ou parcial da coisa, sendo irrelevante, nesse ponto, a presença dos Recorridos na propriedade.

Por isso que, repita-se, diante das singularidades que permeiam o caso sob exame e de toda a incerteza existente acerca de quem são os efetivos ocupantes do imóvel (e da extensão desta ocupação), deve ser reconhecido o direito dos Recorridos de permanecer morando na sede da propriedade, até que ocorra a efetiva partilha da herança, nos autos do inventário, dentro do que manda a lei, com a possível e iminente dissolução judicial do condomínio.

Nada há, portanto, a ser provido. Portanto, sua Excelência, o eminente magistrado Jairo Sampaio Incane Filho, conferiu ao caso concreto o melhor direito.

II. Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004943-

Acesso ao Sumário

38.2009.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante S.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado A.A.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: Ação indenizatória. Filho da apelante, enquanto menor, que perpetrou atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra o apelado. Autoria e materialidade reconhecidas no âmbito do Juízo da Infância e da Juventude. Responsabilidade da apelante que deriva do disposto no art. 932, inciso I, do Código Civil, conferindo-lhe legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Obrigação de indenizar bem reconhecida. Valor da indenização (R$ 50.000,00). Adequação. Valor ajustado à gravidade do ato ilícito. Aplicação do disposto no art. 944 do Código Civil. Sentença mantida. APELO IMPROVIDO.

VOTO

1- A r. sentença de fls. 398/405, de relatório adotado, condenou os requeridos ao pagamento da quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com os acréscimos especificados às fls. 405, a título de danos morais. Apela a requerida S.C.. Sustenta, pelas razões expostas às fls. 411/415, a sua ilegitimidade para integrar o polo passivo da demanda e que não reúne condições de solver o valor da condenação, ocorrendo, neste particular, ofensa ao disposto no art. 928 do Código Civil. Reclama, ainda, a ocorrência de cerceamento de defesa: não pode produzir prova de que o seu filho, à época do ato infracional perpetrado contra o apelado, estava sob os cuidados do seu ex-companheiro.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 432/436.

A douta Procuradoria, pelos motivos expostos às fls. 442/444, deixou de apresentar parecer.

É O RELATÓRIO.

2- Incontroverso que o filho da apelante, enquanto menor, perpetrou

atos libidinosos diversos da conjunção carnal com o apelado (também menor, à época), conforme restou reconhecido definitivamente pela r. sentença de fls. 277/281, já transitada em julgado (certidão de fls. 286).

As alegações preliminares não vingam. De cerceamento de defesa não se cogita. Pouco importa que o filho da apelante não estivesse sob a sua guarda por ocasião do ato infracional: **"A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente" (STJ, REsp 1.074.937, Min. Luís Felipe)**. De outra parte, a apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, nos termos do disposto no art. 932, inciso I, do Código Civil: "São também responsáveis pela reparação civil: - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia".

Insubsistente, quanto ao mais, o apelo, notadamente em relação a obrigação de indenizar da recorrente e o *quantum* da reparação. A obrigação de indenizar deriva do disposto no art. 932, inciso I, do Código Civil, que, per si, afasta a incidência do disposto no art. 928 do mesmo diploma legal, reservado às hipóteses em que apenas o menor é o responsável pela reparação, conferindo-se, pela pertinência, a doutrina de MARIA HELENA DINIZ: **"Pessoa incapaz que lesar outrem deverá, tendo recursos econômicos, indenizar, equitativamente, os prejuízos que causou, se o seu responsável não tiver a obrigação de arcar com tal ressarcimento (p. ex., por não ser genitor - guardião) ou se não tiver meios suficientes para tanto" (*in* Código Civil Anotado, 12ª. Edição, revista e atualizada, Editora Saraiva, p. 717).**

Não é o caso, outrossim, da redução do *quantum* indenizatório. Ainda que a condição econômica da apelante não se exiba favorável, as graves consequências do ato ilícito não autorizam a redução pretendida, lembrando-se, à luz do disposto no art. 944 do Código Civil, que a indenização mede-se pela extensão do dano. A quantia arbitrada (R$ 50.000,00) atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que a redução postulada, se atendida, tornaria inócua a punição, um verdadeiro estímulo oficial à novas violações, anotando-se que o ato infracional, pelo advento da maioridade dos infratores, acabou sem qualquer punição (fls. 281).

E, por fim, não alcançada a pretensão indenizatória pela prescrição, irrelevante a ocasião em que a demanda foi ajuizada.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014507-86.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EDITORA O DIA S/A (E OUTROS(AS)) e LEONARDO ANTONIO LIMA DIAS, é apelado LUIGI ROBERTO CARDOSO ALVES RICCITELLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente) e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2014.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Matéria jornalística que divulga a suposta paternidade de filha menor de modelo internacional, afirmando que o autor teria se envolvido em relacionamento extraconjugal e que desembolsaria alta quantia mensal para manter a genitora da criança calada a respeito da paternidade - Dano Moral - Distinção entre interesse público e interesse do público - Ação procedente - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 194/197 dos autos, que julgou procedente a ação indenizatória ajuizada por LUIGI ROBERTO CARDOSO ALVES RICCITELLI em face de EDITORA O DIA S/A E OUTRO, para condenar os réus, solidariamente, a pagarem ao autor a quantia de R$ 20.340,00, corrigida e com juros de mora a partir da citação, além de retirar do blog e do site na internet o conteúdo relatado na inicial.

Fê-lo a r. sentença sob o argumento de que os réus não prestaram informação de interesse público ao apresentar a notícia de que o autor seria o genitor da filha menor da modelo Carol Francischini, cuja identidade tem sido mantida em segredo. No mais, a notícia teria sido apresentada sem qualquer preocupação com a intimidade dos envolvidos, em tom jocoso e de mau gosto.

Recorrem os réus, em único recurso, afirmando que não há prova do dano moral, e que a notícia não teve maior repercussão, causando mero aborrecimento

Acesso ao Sumário

ao autor. Afirmam que a própria esposa do autor teria dado declarações por meio de redes sociais no sentido de que a notícia só poderia ser piada, e que não tinha qualquer dúvida em relação à fidelidade do marido. Subsidiariamente, pleiteiam a redução da indenização, em caso de manutenção da procedência da ação.

O recurso foi contrariado.

É o relatório.

1. O recurso não comporta provimento.

Relata a inicial que o autor é jovem empresário do ramo de entretenimento, casado com pessoa que se dedica à atividade de criação blog de moda, de modo que o casal é constituído por pessoas de reputação ilibada, que não exercem qualquer cargo ou atividade pública.

No entanto, foi o autor surpreendido com notícia veiculada pelos réus no site www.odia.ig.com.br afirmando que seria o pai da menina V., filha da modelo internacional Carol Francischini. A nota afirmou, ainda, que o autor desembolsaria alta quantia em dinheiro para pagamento de pensão para a menor, com o escopo de manter a sua identidade de pai em segredo.

Afirmou expressamente a notícia que, sendo o autor casado com a blogueira Lala Rudge, já há algum tempo, a criança seria fruto de relação extraconjugal mantida pelo requerente com a modelo, ou uma "pulada de cerca", da qual a esposa do empresário já teria conhecimento e em razão disso estaria arrasada.

A notícia teria repercutido em outros sites de notícia, sempre citando como fonte a matéria veiculada pelos réus.

Embora a própria mãe da menor, Carol Francischini, tenha negado a informação pouco tempo depois de sua divulgação, assim como a esposa do requerente, por meio das redes sociais, afirma ser inegável o dano moral causado, vez que a notícia é falsa e lhe causou danos à imagem e à honra, vez que lhe atribuiu a pecha de infiel e desonesto.

São os fatos postos a julgamento.

2. A ação é de notória procedência.

Em tema de liberdade de expressão e de imprensa, a melhor doutrina é toda no sentido de que não há prevalência entre os direitos fundamentais de livre expressão, de um lado, e da honra, intimidade ou privacidade, de outro lado **(Cláudio Luiz Bueno de Godoy, A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, Atlas, p. 65/85)**.

Na lição de **Antonino Scalise**, com base na jurisprudência italiana, a informação jornalística somente é legítima se preencher três requisitos cumulativos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração **(apud Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Direito de Informação e Liberdade de Expressão, Renovar, 1.999, p. 235/236)**.

Acesso ao Sumário

Não se exige, é evidente, dolo ou culpa grave do órgão de imprensa para justificar sua condenação. Ao contrário. A notícia falsa cria presunção de culpa, ou até mesmo responsabilidade objetiva, somente elidida se o devedor demonstrar a incidência de alguma das excludentes do artigo 27 da Lei de Imprensa **(cfr. recente artigo de minha autoria, A responsabilidade civil do veículo de comunicação pelos atos de terceiro, in Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação, diversos autores coordenados por Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos, Saraiva, série GVlaw, ps. 447 e seguintes).**

No caso concreto, o comportamento dos réus foi indesculpável.

Afirmaram que o autor manteve relação extraconjugal com jovem que atua como modelo internacional, da qual sobreveio o nascimento de criança, e que o requerente, para manter o caso encoberto, desembolsaria elevada quantia mensal a título de pensão alimentícia, com o escopo de comprar o silencio da mãe da criança.

Não há qualquer indício da veracidade da notícia, e os próprios réus afirmam que não têm obrigação de verificar a notícia ou promover investigação antes de publicá-la (fls. 124).

Ao contrário do que afirmam os réus, ao discorrer sobre o dever de veracidade, **Bruno Miragem** o insere como um dos deveres imputados à imprensa, ressaltando que o exercício da liberdade de informação ou liberdade de pensamento deve estar baseado em informações verazes, sob pena de ilicitude **(Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra, Livraria do Advogado, p. 250).**

O mesmo autor prossegue sua exposição explicando que o dever de veracidade deve se relacionar a outros dois deveres anexos, quais sejam, os deveres de objetividade e de exatidão **(op. cit., pp. 253-55).**

No caso em exame, a informação divulgada pelos réus é inexata. O pai da filha da modelo permanece em segredo, e os requeridos não são capazes sequer de indicar indícios de veracidade na história.

3. Irrelevante a alegação de que a notícia envolvia pessoas e interesse público.

Não há nem um e nem outro.

Os autores não são pessoas públicas. Quando muito, são pessoas apenas notórias em seus respectivos ramos de atividades empresariais.

Também a mãe da criança cujo genitor se desconhece não é pessoa pública, mas simples pessoa notória, em razão de seu sucesso como modelo, de carreira internacional.

Não há interesse público, mas mero interesse **do** público, em saber de

Acesso ao Sumário

suposta paternidade de criança que não é divulgada pela mãe, e que já foi atribuída a diversos homens, em sua maioria casados, como meio de atrair a curiosidade das pessoas. A simples satisfação da curiosidade - às vezes mórbida - do público em conhecer a vida privada e a intimidade de pessoas notórias não converte a matéria jornalística em tema de relevante interesse ou utilidade geral.

A conduta dos réus, ao divulgar a suposta paternidade de menor foi manifestamente ilícita. Não há qualquer excludente de ilicitude, por várias razões.

Primeiro, porque não há nem sombra de persecução de interesse público na divulgação da matéria.

Segundo, porque não há a mais pálida evidencia de veracidade dos fatos narrados pelo jornalista.

Terceiro, porque a matéria não tem o requisito da pertinência, pois recheada de expressões injuriosas, como, por exemplo, a de que o autor teria "pulado a cerca".

4. Houve manifesta violação aos direitos fundamentais da intimidade, da privacidade e da honra do autor, ao ver veiculados, na grande imprensa e na rede mundial da internet, matéria leviana e de cunho notoriamente jocoso e sensacionalista, fatos pessoais que só dizem respeito a sua família, se, de fato, forem verdade.

Houve inequívoco dano moral indenizável.

Evidente que a veiculação da imagem do autor à relacionamento extraconjugal e conduta duvidosa de "comprar" o silêncio da genitora de sua suposta filha causou abalos à sua reputação e credibilidade perante família, amigos e ambiente social.

Também o fato de se imputar a rapaz jovem e casado e pecha de infiel ofende simultaneamente a sua privacidade e honra.

Nem se alegue que se tratou de mero aborrecimento, vez que a esposa do autor teria declarado nas redes sociais que não desconfiava da conduta do marido. Evidente que notícia de tais proporções causa abalo em relacionamento conjugal, suscitando dúvidas em relação ao caráter dos envolvidos.

5. Resta a fixação da indenização.

A fixação do valor do dano moral deve levar em conta suas funções ressarcitória e punitiva. Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu **(Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62).** Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento **(Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222;**

Acesso ao Sumário

Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190).

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação. No caso concreto, o constrangimento e humilhação causados ao autor não podem ser desconsiderados.

O valor fixado pela r. sentença, do qual nem sequer recorreu o autor, mostra-se adequado e suficiente para bem compensar o abalo sofrido pelo autor em sua imagem, em decorrência de boato rapidamente desmentido pelas partes envolvidas, sem acarretar enriquecimento ilícito ao autor, e servindo de alerta para que os réus não envolvam indiscriminadamente o nome de pessoas em famílias em escândalos de pouco interesse jornalístico.

Vou mais longe. Apenas não majoro o valor da indenização à falta de recurso do autor. Os réus obtiveram ganhos econômicos com veiculação de notícia sensacionalista, possivelmente falsa e ilícita. Mereciam reprimenda de maior estatura, com o fim preventivo de alterar o comportamento futuro.

São mantidas, também, as verbas de sucumbência.

Não há o que alterar na sentença, que deu exata solução à lide.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0054632-84.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUSANA DE AGUIAR WHITAKER COSTA ROLIM LOUREIRO, é apelado AUGUSTO RIBEIRO DE CARVALHO NETO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16779)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AÇÃO DE HABILTAÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A VERBA HONORÁRIA AJUIZADA EM INVENTÁRIO - Herdeira/apelante que não celebrou contrato com o causídico/recorrido - Contrato, ademais, que previu que os honorários seriam de 1,5 por cento da parte do coerdeiro/

Acesso ao Sumário

contratante sobre o imóvel objeto do inventário - Decisão que teria se fundado no princípio do não enriquecimento sem causa da herdeira destinatária dos serviços prestados pelo advogado - Não prevalência do de tal fundamento - Princípio do *pacta sunt servanda* que deve ser observado no caso presente, seja pela consideração de que a recorrente não fez parte do pacto sobre a remuneração do causídico, seja porque a própria avença foi clara ao limitar a remuneração do causídico à parte do herdeiro contratante, sendo que interpretação diversa ensejaria justamente o enriquecimento sem causa do advogado recorrido - Insurgência que merece acolhimento para desobrigar a herdeira apelante de quaisquer ônus decorrentes do contrato de honorários objeto da presente habilitação - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por contra a r. sentença de fls. 66/66-Verso cujo - relatório se adota - que julgou procedente a presente habilitação de crédito à verba honorária ajuizada nos autos do inventário dos bens deixados por FRANCISCO COSTA, declarando habilitado o crédito do autor/recorrido, determinando a inscrição na matrícula do imóvel correspondendo a 3% do imóvel objeto do inventário (1,5% para cada herdeiro), além do crédito de R$ 7.069,36, sendo R$ 3.534,68 para cada herdeiro, atualizado desde a propositura e com juros de mora desde a citação. Condenada a herdeira, ora apelante, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação, já que teria resistido ao pedido. O herdeiro Fábio não recorreu da sentença.

2. Inconformada, a herdeira/apelante alega às fls. 80/93, em suma, sua ilegitimidade passiva, pois não assinou o contrato de honorários, sendo que inclusive contratou advogados outros na ação de inventário. Ainda, que o contrato foi claro ao estabelecer que o recorrido teria direito - relativamente ao imóvel objeto do inventário - a 1,5% do que coubesse ao herdeiro Fabio, ora interessado neste recurso. Aduz, igualmente, que o advogado não comprovou as despesas que alegou, sendo que fora concedido o benefício da justiça gratuita em prol da recorrente na ação de inventário.

3. O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 99).

4. Contrarrazões (fls. 105/108).

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTOS.

5. O recurso deve ser provido.

6. De fato, a herdeira/apelante não celebrou contrato com o causídico/recorrido (vide fls. 9/12).

7. Tal contrato, ademais, previu que os honorários seriam de 1,5% da parte do coerdeiro/contratante sobre o imóvel objeto do inventário.

8. A sentença teria se fundado no princípio do não enriquecimento sem causa da herdeira destinatária dos serviços prestados pelo advogado. Ocorre que não deve prevalecer tal fundamento.

9. O princípio do *pacta sunt servanda* deve ser observado no caso presente, seja pela consideração de que a recorrente não fez parte do pacto sobre a remuneração do causídico, seja porque a própria avença foi clara ao limitar a remuneração do causídico à parte do herdeiro contratante (vide fls. 9/10), sendo que interpretação diversa ensejaria justamente o indesejado enriquecimento sem causa (do advogado recorrido).

10. Por outro lado, ao contrário do que entendeu a i. sentenciante, não restaram demonstradas as despesas supostamente feitas pelo advogado recorrente, não tendo o mesmo juntado com a exordial quaisquer documentos que as comprovassem (vide fls. 2/65).

11. Assim, diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para julgar improcedente a ação em face da apelante, desobrigando-a de quaisquer ônus decorrentes do contrato de honorários objeto da presente habilitação, invertendo-se o ônus da sucumbência, que serão arcados pelo autor da demanda, fixados honorários advocatícios (em prol da apelante) em R$ 1.000,00 por equidade, nos termos do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0210113-74.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A, é apelado ANTONIO CARLOS SILVA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

SARTORELLI (Presidente) e BONILHA FILHO.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2014.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - AÇÃO DE COBRANÇA - INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA. "A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos" (Súmula 405 do STJ). Extinção do processo, nos termos do art. 269, IV, do CPC. RECURSO PROVIDO, preliminar afastada.

VOTO

A r. sentença de fls. 92/94 julgou **procedente a ação de cobrança de seguro obrigatório - DPVAT**, proposta por **Antonio Carlos Silva de Souza** contra **Nobre Seguradora do Brasil S.A.**, condenando a requerida ao pagamento da diferença apurada entre o valor do pagamento administrativo, R$ 13.479,48, e aquele que deveria ter sido pago, quarenta salários mínimos vigentes em 14/09/2006, com correção monetária desde o acidente, e juros de mora desde a sua citação. A ré foi condenada, ainda, a pagar as custas e despesas do processo, além de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Foram rejeitados, a fls. 102, os embargos declaratórios opostos, a fls. 97/101, pela acionada.

Inconformada, a seguradora interpôs, a fls. 105, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 109/116. Sustenta, em preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista que preterido o requerimento para produção de prova pericial. No mérito, pugna reconhecimento de prescrição da pretensão do autor. Alega que o ônus da prova da invalidez compete à parte que a evoca, no caso, o demandante. Afirma que a indenização a ser paga depende do grau de invalidez apresentado pela vítima e que seu cálculo deve se dar de acordo com a tabela da SUSEP. Argumenta que deu integral satisfação do valor da indenização pela via administrativa. Pugna pela incidência dos juros de mora somente a partir da citação.

Recurso recebido, processado e contrarrazoado (fls. 119/122).

É o relatório.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que a invalidez total e permanente do autor ficou devidamente comprovada nos autos,

Acesso ao Sumário

notadamente pelos documentos de fls. 11/12, que atestaram a "amputação traumática bilateral dos membros inferiores." Não obstante, o juiz é o destinatário das provas, cabendo-lhe, na esteira do que preconiza o art. 130 do CPC, a determinação das *provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

No mérito, há de se acolher a alegação de ocorrência da prescrição da pretensão do autor.

Cuida-se de **ação de cobrança** decorrente de **acidente causado por veículo automotor**, ajuizada por **Antonio Carlos Silva de Souza** contra **Nobre Seguradora do Brasil S.A.**. Alega o requerente que, em 10/06/2006 (fls. 09/10), foi vítima de acidente com veículo automotor, que o tornou inválido, vale dizer, portador de lesão permanente.

Ocorre que a ação foi proposta em 02/12/2010 (fls. 02), vale dizer, fora do triênio legal previsto no art. 206, § 3º, IX, do Cód. Civil, e na Súmula 405 do Superior Tribunal de Justiça.[1]

E nem se argumente com a interrupção do prazo prescricional. Embora obstado, por conta da solicitação administrativa para o pagamento de indenização, o lapso temporal foi reiniciado em 14/09/2006, com a resposta afirmativa da seguradora e a efetivação do pagamento (fls. 113).

Confira-se, nesse sentido, o v. Acórdão dessa C. 26ª Câmara de Direito Privado:

> *"Seguro obrigatório (DPVAT) - Cobrança - Substituição processual descabida - Legitimidade passiva configurada - Aplicação do disposto no artigo 206, § 3º, IX, do CC/2002 e da súmula 405 do STJ - Interrupção da fluência do prazo por ocasião do pagamento administrativo a menor - Prescrição trienal reconhecida - Ação julgada extinta com resolução de mérito - Recurso provido".*[2]

A inexorável conclusão é no sentido de que a pretensão do autor foi fulminada pela prescrição. Dessa maneira, o recurso da seguradora comporta provimento para que seja o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, pela ocorrência da prescrição. Invertida a sucumbência, caberá ao autor o pagamento das custas e despesas do processo, além dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em R$ 500,00. Observada, contudo, a concessão dos benefícios da Lei Federal 1.060/50.

Postas estas premissas, **afasta-se** a preliminar, e **dá-se provimento** ao recurso, para o fim de julgar a ação extinta, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Acesso ao Sumário

1 "A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos."

2 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação com Revisão nº 9123078-63.2009.8.26.0000 - Rel. Des. **Vianna Cotrim** - J. 19/10/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001318-19.2012.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante NOEL ALMEIDA TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CENTRO MÉDICO RIO PRETO LTDA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), PAULO ROBERTO DE SANTANA E SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Internação hospitalar e assistência médica. Ausência de cobertura de tais serviços por plano de saúde, em razão de incompletude de período de carência. Exigência do hospital de que a contratação se desse no regime particular, para evitar a remoção da paciente para o setor destinado à internação de pacientes cujos serviços eram custeados pelo SUS. Fato que não se caracteriza como coação irresistível. Exigibilidade da contraprestação correspondente ao regime de internação particular. Monitória com base em cheques para constituição de título executivo. Embargos ao mandado não acolhidos. Apelação denegada.

VOTO

Apelação de réu, nos autos do processo da ação monitória reportada a cheques dados em pagamento de contraprestação por serviços de hospedagem hospitalar e tratamento médico, cujos embargos ao mandado foram julgados improcedentes.

Bate-se o apelante pela reversão da conclusão de primeiro grau, fundado em que há coisa julgada acerca da questão e, ademais, não é devedor por tais

Acesso ao Sumário

serviços, já que sua mulher, como paciente da apelada, tinha plano de saúde administrado por esta e houve ilegal recusa de cobertura, ineficaz, além de erro médico, este, aliás, a causa da internação hospitalar.

Recurso regularmente processado.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

Pelo que se colhe da manifestação das partes e do órgão judiciário nos autos do processo da demanda movida pela mulher do apelante em face da administradora do plano de saúde, tem-se que, embora houvesse a internação da tal pessoa em razão dos sintomas que sugeriam ser a hipótese de emergência, no entanto a apelada passou a exigir a contratação como internação particular, por não contemplar o plano de saúde a cobertura dos serviços do plano de saúde, uma vez que não fora completado o período de carência.

Não se pode dizer que seria abusiva a manifestação da apelada sobre a necessidade de remoção da paciente para o setor reservado aos pacientes cujo tratamento era custeado pelo Serviço Único de Saúde, caso não se dispusesse ela a anuir à contratação conhecida como "internação particular", até porque, a pensar como quer o apelante, toda e qualquer pessoa teria direito de receber os serviços como teve a mulher dele, apelante, sem custo.

Enfim, pelo que se sente do contexto do caso, a apelada fez o que a lei lhe impunha, que era prestar os serviços de emergência no período indicado, e após isso impôs suas condições, legítimas, como visto.

Vê-se que a emissão dos cheques foi fruto da livre manifestação de vontade do apelante, tanto que eles corresponderam ao custo real dos serviços, sem que se caracterizasse a situação como hipótese de exigência de título de crédito em caução. Enfim, destinaram-se eles ao pagamento pelos serviços de internação hospitalar e tratamento médico.

Não se pode falar em erro médico porque, além da falta de prova técnica que comprovasse esse fato, também é certo que o quadro de pneumonia que acometeu a mulher do apelante, pelas regras de experiência, não seria de plano diagnosticado com precisão, sem que seja a hipótese de cogitar-se que a avaliação inicial, como decorrência de uma imperícia manifesta, fora a causa por si só do agravamento do mal que gerou a necessidade de internação hospitalar e cuidados médicos especiais.

Enfim, é persistente a obrigação do apelante de honrar pelo que se obrigou, pelo que é inequivocamente acertada a conclusão de primeiro grau.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005990-46.2006.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante VIANORTE S/A, são apelados CLÁUDIO SÉRGIO BAFFI (JUSTIÇA GRATUITA) e CLÁUDIO ENDRIGO BAFFI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.856)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e EDGARD ROSA.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - Acidente de trânsito - Veículo que colide defensas em rodovia - Alegação dos autores, proprietário e condutor do automóvel, de que a aposição inadequada da placa de indicação de acesso à rodovia teria ensejado o evento danoso - Descabimento - A dinâmica do acidente revela ter decorrido da conduta do próprio coautor, que, após perceber o equívoco no trajeto, tentou realizar manobra, vindo a perder o controle sobre o automóvel, o que culminou na colisão - Improcedência do pedido dos autores que se impõe - RECONVENÇÃO - Demonstrada a culpa do condutor, elemento fundamental à configuração da responsabilidade extracontratual por acidente de trânsito, é inconteste o dever de reparar os danos - O dano provocado restou suficientemente comprovado pelos documentos juntados aos autos, sendo de rigor a condenação dos autores ao pagamento dos valores despendidos para conserto das defensas atingidas pela colisão, nos termos da planilha apresentada pela reconvinte - Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação interposto por **VIANORTE S/A**, nos autos da ação declaratória de inexistência de dívida proposta por **CLÁUDIO SÉRGIO BAFFI** e **CLÁUDIO ENDRIGO BAFFI**, também em face de **C4 SERVIÇOS DE COBRANÇA S/S LTDA.**, objetivando a reforma da sentença (fls. 355/359) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pitangueiras, Dr. Gustavo Müller Lorenzato, que julgou procedente o pedido do autor e improcedente o pedido formulado em reconvenção, para declarar a inexistência da dívida em discussão, bem como para condenar ambas as requeridas, na ação principal, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, e, na reconvenção, condenar a corré Vianorte S/A, ao pagamento de tais ônus sucumbenciais, fixando a verba honorária também em R$ 1.000,00.

Sustenta a apelante (fls. 361/374) que o acidente narrado nos autos decorreu de manobra imprudente realizada por CLÁUDIO ENDRIGO BAFFI, o qual teria passado pela entrada de acesso à rodovia e tentou realizar o retorno, momento em que perdeu o controle sobre o veículo, colidindo com a defensa metálica existente.

Aduz que no boletim de ocorrência consta ter o condutor assumido a culpa pelo acidente e que a prova testemunhal colhida também evidenciou a imperícia como causa do evento. Salienta que o veículo trafegava acima da velocidade permitida (40 km/h).

Ressalta que a placa de sinalização está alocada adequadamente e que antes dela existem outras indicando a entrada em questão.

Argumenta que os documentos acostados aos autos revelam que nenhum dos acidentes mencionados pelos autores teria sido causado pela alegada falta de sinalização.

Defende, assim, a condenação dos apelados ao pagamento dos valores cobrados para ressarcimento dos danos acarretados no patrimônio, ressaltando que foram devidamente comprovados.

Argui que o pagamento da tarifa de pedágio possui outra destinação, de modo que os danos causados não podem ser divididos entre todos os usuários da rodovia.

Assim, espera a reforma da sentença prolatada e a consequente condenação dos autores ao pagamento dos valores devidos, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 377), ofereceram os autores contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 379/384).

É o relatório.

Versam os autos sobre acidente envolvendo o veículo GM Monza, 1990, placa BKC2363, de propriedade do coautor Cláudio Endrigo Baffi, conduzido

pelo coautor Cláudio Sérgio Baffi no sentido Pontal/Sertãozinho, o qual, ao tentar se dirigir ao acesso à Rodovia Armando de Sales Oliveira (cidade de Pitangueiras), teria colidido com a defensa metálica existente no local.

De um lado, alegam os autores que a colisão teria decorrido da inadequada aposição da placa informativa do acesso à Rodovia mencionada, porquanto estaria localizada após a curva, impedindo que o condutor tivesse tempo hábil para permanecer na faixa do lado direito para acessar à via. Asseveram, ainda, que o pagamento do pedágio engloba eventuais despesas para conservação da rodovia, sendo certo que os danos observados representam risco inerente à exploração da atividade. Assim, diante da cobrança, pelas corrés, dos valores relativos aos danos ocasionados na defensa, requerem a declaração de inexistência do débito.

Por sua vez, a corré Vianorte S/A, ora apelante, defende que o acidente em questão decorreu da imprudência e negligência do coautor Cláudio Sérgio Baffi, condutor do veículo, porquanto teria passado o acesso à Rodovia desejada e realizado manobra de retorno inadequada, momento em que perdeu o controle sobre o automóvel, acarretando a colisão com a defensa. Apresentou reconvenção, pleiteando a declaração de que o débito em discussão é líquido, certo e exigível, condenando-se os autores ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Para dirimir a controvérsia em apreço, imperioso se afigura identificar se a culpa pelo acidente seria do coautor Cláudio Sérgio Baffi - cuja imperícia e imprudência, de acordo com as rés, teriam sido determinantes para a ocorrência do acidente - ou da corré Vianorte S/A, concessionária responsável pela rodovia e, por conseguinte, pela sinalização alegadamente inadequada.

E, em que pese a respeitável convicção emanada pelo Juízo de Primeiro Grau, a sentença prolatada comporta reparo.

Diferentemente do que sustentam os autores, a análise dos elementos constantes nos autos revela que a culpa pelo acidente narrado não é da concessionária de serviço público, mas do próprio condutor do veículo.

Isso porque, melhor examinando a dinâmica do acidente, depreende-se que este decorreu da conduta do próprio coautor Cláudio Sérgio Baffi, o qual, após perder a via de acesso à Rodovia almejada, tentou realizar manobra que culminou na colisão com as defensas metálicas existentes no local.

Na própria inicial, há expressa afirmação de que o condutor errou o trajeto e, ao se dar conta, buscou retornar, conforme se infere do excerto a seguir:

> *"Ao se aproximar da rotatória o requerente acabou passando pela entrada que dá acesso a Pitangueiras e quando percebeu que havia errado o caminho tentou retornar com seu veículo visando não cair do barranco que ali existe, porém, a manobra fez com que o mesmo se chocasse com a defensa que ali se encontrava ocasionando danos tanto na defensa*

Acesso ao Sumário

como no seu veículo." (fls. 03)

No mesmo sentido, o boletim de ocorrência do acidente descreve que, segundo asseverado pelo próprio condutor, este teria freado o veículo ao perceber o erro no caminho, momento no qual perdeu o controle sobre o automóvel e colidiu com as defensas, *ipsis litteris:*

"1. Transitava o veículo 01 no sentido Pontal a Sertãozinho ao atingir o km citado, o condutor 01 perdeu o controle da direção do veículo, vindo a chocar-se contra a defensa metálica, parando sobre a rodovia.

2. Alegou o condutor 01 que ao sair do acesso para adentrar à rodovia, o mesmo se perdeu, vindo a frenar, momento que perdeu o controle da direção do veículo não tendo como evitar o acidente." (fls. 13) (destacou-se)

Note-se que referido documento goza da fé pública prevista no artigo 364 do Código de Processo Civil, sendo certo, ainda, que as declarações constantes no relatório mencionado não foram contestadas pelos autores, do que se presume, assim, sua veracidade.

Acerca do tema, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL NÃO ELIDIDA - I- O BOLETIM DE OCORRÊNCIA GOZA DE PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE, PREVALECENDO ATÉ QUE SE PROVE O CONTRÁRIO. II- DISPÕE O ART. 364, DO CPC, QUE O DOCUMENTO PÚBLICO FAZ PROVA NÃO SÓ DE SUA FORMAÇÃO, MAS, TAMBÉM, DOS FATOS QUE O ESCRIVÃO, O TABELIÃO OU O FUNCIONÁRIO DECLARAR QUE OCORRERAM EM SUA PRESENÇA. III- ESTE FATO, TODAVIA, NÃO IMPLICA EM SUA ACEITAÇÃO ABSOLUTA. PODE O RÉU, COM MEIOS HÁBEIS, DESFAZÊ-LA SE OU QUANDO CONTIVER ELEMENTOS INVERÍDICOS. IV- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (REsp 4365/RS, Rel. Ministro Waldemar Freitas, 3ª Turma, d.j. 09.10.1990)

A alegação sustentada pelos autores de que o acidente teria sido ocasionado pela má sinalização na rodovia não prospera, porquanto, além de não haver a correlata comprovação, ausente nexo de causalidade entre tal fato e os danos ocorridos. Isto é, ainda que restasse demonstrada nos autos a inadequação das placas indicativas na Rodovia, não se vislumbra a relação entre referida circunstância e o acidente em questão.

Acesso ao Sumário

De fato, a inadequada aposição de placa indicando o acesso à determinada Rodovia poderia obstaculizar o correto trajeto do condutor do veículo. Entretanto, em tal situação, a conduta que observa os ditames de diligência e prudência no trânsito é a de prosseguir o caminho até que surja uma opção de retorno, e não uma tentativa de manobra indevida para acessar a via já ultrapassada, gerando um risco não apenas a si próprio, mas aos demais que trafegam na região.

Na hipótese vertente, a opção do autor, seja por proceder à frenagem do automóvel, conforme apontado no relatório de acidente que compõe o boletim de ocorrência, seja por realizar qualquer manobra na via, conforme afirmado na peça inaugural, foi determinante para a ocorrência da colisão, mostrando-se nítida sua culpa na ocorrência dos danos nas defensas.

Cumpre salientar que a alegação de que teria o condutor realizado a manobra para evitar cair de barranco não veio acompanhada de qualquer prova, destacando-se que os depoimentos das testemunhas, inclusive as arroladas pela própria parte autora, apontam para a existência de certo declive - claramente mais ameno do que o alegado "barranco" -, mas que, por si só, não basta para justificar a conduta imprudente do autor.

Ademais, os documentos carreados a fls. 233/333, consistentes em relatórios de acidentes de trânsito rodoviário ocorridos no local entre janeiro de 2005 e julho de 2009, não conferem qualquer respaldo aos argumentos dos autores.

Tais relatórios apenas demonstram que na rotatória em discussão ocorreram diversos acidentes por variadas causas (manchas de óleo e poça d'água na pista, colisão de veículos etc.), não possuindo o condão de demonstrar que a sinalização da via efetivamente os ocasionou.

Assim, observa-se nos autos um substrato fático-probatório que vai de encontro às alegações dos autores, permitindo concluir, a partir da dinâmica do acidente, que o condutor agiu de maneira imprudente ao trafegar na rodovia, dando causa ao evento danoso.

Nestas condições, é medida de rigor a improcedência do pedido, formulado pelos autores, de declaração de inexistência do débito em favor da corré Vianorte S/A, cobrado pela corré C4 Serviços de Cobrança S/S Ltda.

No tocante ao pedido reconvencional, por meio do qual pretende a concessionária o recebimento dos valores despendidos para conserto das defensas metálicas atingidas pela colisão, razão assiste à reconvinte.

Ao reconhecimento da culpa do condutor do veículo no acidente em discussão, soma-se o fato de que, em suas manifestações, não se desincumbiram os autores do ônus de comprovar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito perseguido pela reconvinte Vianorte S/A, obrigação prevista nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil:

"Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)"

Com efeito, verificam-se no caso em tela os requisitos necessários à

Acesso ao Sumário

caracterização da responsabilidade civil extrapatrimonial decorrente de acidente de trânsito, já que presente a demonstração do ato ilícito, do dano, do nexo causal e da culpa do condutor.

Diferentemente do sustentado pelos reconvindos, o dano provocado pelo acidente restou suficientemente comprovado pelo relatório do boletim de ocorrência, o qual aponta terem sido atingidas "3 lanças de defensa metálica e 2 hastes de sustentação" (fls. 13), bem como pela "Planilha de custo para danos ao patrimônio nº 066/2006" (fls. 64), baseada em tabela de preços emitida pelo Departamento de Estradas de Rodagem - DER.

Demais disso, tendo os próprios demandantes admitido a ocorrência do acidente e a colisão com as defensas, descabida se mostra a alegação de que não houve demonstração dos danos, já que a experiência comum revela que, apenas em velocidade deveras reduzida ou em se tratando de estrutura de grande resistência, o choque de um automóvel não ocasionaria danos.

Ressalte-se que, à vista dos documentos juntados aos autos, desnecessária se mostrou a apresentação de fotos do acidente ou de nota fiscal dos serviços, devendo ser afastada tal alegação tecida pelos reconvindos. Da mesma forma, eventual divergência entre o número do boletim de ocorrência não ensejou qualquer prejuízo à análise da controvérsia e tampouco à caracterização dos elementos necessários à responsabilização extrapatrimonial.

Por fim, não merece acolhida a alegação de que o pagamento do pedágio eximiria o dever de reparar eventuais danos causados nas estruturas da rodovia, visto que referida tarifa não possui natureza de indenização antecipada, tendo, na verdade, o escopo de arrecadar fundos destinados à conservação, manutenção e melhoramentos das rodovias.

Desta feita, uma vez configurados elementos hábeis a demonstrar o direito do reconvinte, já que bem comprovada a culpa do reconvindo na ocorrência do acidente de trânsito, ausentes provas aptas para afastar o direito pretendido, inequívoco o dever dos reconvindos de restituir os valores gastos para conserto das defensas, nos termos indicados a fls. 64, acrescidos de juros de mora contados da data do evento (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), além de correção monetária a partir do desembolso (Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça).

Finalmente, diante da inversão do resultado do julgamento, e considerando a sucumbência dos apelados, é medida de rigor a redistribuição dos ônus sucumbenciais, devendo, na ação declaratória, os autores arcarem com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.000,00, conforme arbitrado pelo Magistrado *a quo*. Na reconvenção, caberá aos reconvindos o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.000,00, nos termos fixados pelo Juízo de Primeiro Grau. Ressalva-se, quanto a tais verbas sucumbenciais, a concessão da gratuidade

Acesso ao Sumário

processual.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008575-03.2011.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante PAULO ROGÉRIO PICARDT, é apelado FRANCISCO BARBOSA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.128/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), MARCONDES D'ANGELO E HUGO CREPALDI.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de busca e apreensão. Procedência decretada em 1º Grau.

1. De fato, o procedimento cautelar de busca e apreensão não é o instrumento processual adequado para a retomada do bem, porquanto não visa rescisão contratual com a parte adversa, e, portanto, depende do manejo de ação própria no prazo de 30 dias.

2. A busca e apreensão tem caráter satisfativo, podendo apenas ser manejada nos casos em que expressamente admitidos pela legislação pátria, que o caso vertente não se encontra abarcado.

3. Em razão da inversão da sucumbência, afastadas as penalidades por litigância frívola, bem como o pagamento dos ônus processuais carreados ao réu, restando atribuídos ao autor.

4. Deram provimento ao recurso.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Acesso ao Sumário

Inicial (fls. 02/06)

Síntese do pedido e da causa de pedir: ação de busca e apreensão pretendendo a retomada do veículo Fiat Palio, ano 2006/2007, placa DUC 9735, de propriedade do autor, que está na posse do réu. Relata o autor que é sogro do apelante e adquiriu o citado veículo para uso da filha, financiado pela BV Financeira em 60 parcelas de R$ 550,00. Contudo, após a separação de fato entre o réu e a filha, o réu levou o veículo do autor e está acarretando inúmeros prejuízos, cometendo infrações de trânsito, que recaem sobre o nome do autor. Relata que atualmente o veículo está na oficina mecânica em decorrência de um acidente de trânsito e não obteve sucesso em retomar o bem.

Sentença (fls. 145/147)

Resumo do comando sentencial: julgou procedente a ação, determinando a busca e apreensão do bem, e condenando o réu a arcar com os ônus sucumbenciais e honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da causa, além de aplicar a penalidade por litigância de má-fé, na quantia de 20% do valor da causa. Pelo estudo dos autos, verificou o magistrado que não houve contrato de compra e venda firmada entre as partes, ante o resultado da perícia grafotécnica conclusiva pela falsidade de assinatura.

Razões de Recurso (fls. 151/157)

Objetivo do recurso: pretende a reforma da sentença, alegando que a medida cautelar de busca e apreensão não tem caráter satisfativo e dessa forma, depende da existência de um processo principal, o qual não foi ajuizado pelo apelado nos 30 dias seguintes, devendo ser extinto o feito. Sustenta que apenas o credor fiduciário teria legitimidade para ingressar com a ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei 911/69 e que restou comprovado nos autos que o apelante arcava com os pagamentos das parcelas de financiamento do veículo. Pleiteia a revogação da condenação por litigância de má-fé, porque desconhecia que a assinatura do autor aposta no contrato não era verdadeira.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O recurso prospera.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu PAULO ROGÉRIO PICARDT contra a sentença que, nos autos da ação de busca e apreensão, ajuizada por FRANCISCO BARBOSA, julgou-a procedente.

Contudo, com todo o respeito ao entendimento do juiz prolator da sentença, o processo carece de interesse processual, na modalidade adequação.

De fato, em casos como o da espécie, considero que era de rigor a extinção do processo, por falta de interesse de agir, visto que a ação cautelar de busca e apreensão não é a via processual adequada como medida de cunho satisfativo, já que não há pedido específico de rescisão contratual.

No caso vertente, o autor pretende a retomada do veículo de sua

Acesso ao Sumário

propriedade, apenas, não havendo pedido específico de rescisão do suposto vínculo contratual estabelecido, ainda que verbalmente, entre as partes.

E o réu em sua defesa, alega que houve contrato de compra e venda de bem móvel, e, dessa forma, não se mostra viável a apreensão da coisa através da ação cautelar de busca e apreensão, sem que haja sido proposta demanda própria, porquanto a cautelar não possui cunho satisfativo, dependendo de ação principal para atingir sua finalidade.

A tutela cautelar tem por objetivo garantir a utilidade do processo principal, e, tendo sido concebida com caráter eminentemente instrumental, encontra-se desprovida de satisfatividade. Dessa forma, referida medida é inidônea para determinar qualquer definição da situação substancial controversa, como pretendido.

Aqui não se cuida da busca e apreensão satisfativa autorizada pela lei em casos excepcionais.

Neste sentido a doutrina:

"É carecedor de ação aquele que propõe ação cautelar de busca e apreensão com cunho satisfativo, fora dos casos expressamente previstos em lei (RT 715/256). (...) Ressalvadas as hipóteses do Dec. Lei 911/69, dos arts. 625, 905 e 1.129 do CPC, a busca e apreensão não se apresenta como processo independente, que visa à satisfação do direito material da parte, pois terá então a função subsidiária de cautela, servindo ao processo onde se dará a composição definitiva do feito".

("Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Theotonio Negrão, 42 ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, pág. 897).

Do mesmo modo, são os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMODATO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR SATISFATIVA DE BUSCA E APREENSÃO. RETOMADA DOS BENS OBJETO DO CONTRATO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. A possibilidade de ajuizamento de medida cautelar satisfativa é medida excepcional no ordenamento jurídico, devendo haver previsão legal expressa para o seu cabimento.

2. A observância desses preceitos, longe de apego excessivo a formalismo, na verdade resguarda o devido processo legal e assegura o direito pleno de defesa, com possibilidade ampla de produção de provas, pois o processo cautelar, com nítido escopo de garantia e acessoriedade, tem por finalidade apenas assegurar a eficácia do provimento a ser proferido na demanda principal.

3. Com efeito, à ausência de previsão legal, descabe o ajuizamento de ação de busca e apreensão absolutamente satisfativa, com o escopo de retomar bens móveis objeto de contrato de comodato, razão pela qual, se inexistente ação de conhecimento

Acesso ao Sumário

ajuizada no prazo do art. 806 do CPC, mostra-se de rigor a extinção da ação cautelar, sem resolução de mérito.

4. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 540.042/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 24/08/2010).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO. A ação de busca e apreensão tem natureza satisfativa, cabível apenas nas hipóteses legalmente previstas. É defeso medida cautelar de busca e apreensão para garantir efeitos decorrentes do contrato de compra e venda de automóvel, seja a reintegração na posse do bem móvel, seja o adimplemento das prestações, porquanto esta providência possui caráter satisfatório. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Negado provimento".

(Apelação nº 0004338- 42.2008.8.26.0000, Relator Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. em 18/04/2012).

"BEM MÓVEL - MEDIDA CAUTELAR - BUSCA E APREENSÃO - Ação que tem por escopo garantir a eficácia da lide principal. Satisfatividade incompatível com a cautelaridade. Ação principal não intentada do prazo legal. Ineficácia da liminar concedida. Exegese do artigo 808 do Código de Processo Civil. Feito extinto sem julgamento do mérito, com supedâneo no artigo 267, inciso IV, do mencionado diploma legal. Regularidade. Sentença mantida. Recurso não provido."

(Apelação nº 0091437-55.2005.8.26.0000, Relator Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. em 21/09/2012).

"Bem móvel - Ação cautelar de busca e apreensão - Caráter satisfativo e definitivo - Inadequação da via processual eleita. Extinção do processo sem resolução de mérito. É carecedor da ação quem propõe ação cautelar de busca e apreensão com cunho satisfativo, fora dos casos expressamente previstos em lei. A medida cautelar deve conduzir à garantia do credor e não à sua integral satisfação. Recurso improvido".

(Apelação nº 0015912-16.2006.8.26.0038, Relator Orlando Pistoresi, 30ª Câmara de Direito Privado, J. em 08/06/2011).

"Apelação. Medida cautelar de busca e apreensão. Ajuizamento de medida cautelar (satisfativa) em lugar da ação principal. Inadequação da via processual eleita. Falta de interesse processual. Extinção do processo sem resolução do mérito. Carência da ação reconhecida de ofício. Apelo prejudicado".

(Apelação nº 9127669-68.2009.8.26.0000, Relator Pereira Calças, 29ª Câm. Dir. Priv. j. 30.03.11).

Acesso ao Sumário

Ademais, o questionamento dos autos é sobre o título em que se funda a posse direta do réu, assim, não existe previsão de que, em caso de inadimplência do adquirente, assiste ao proprietário o direito de efetuar a busca e apreensão e restituição do bem, certo que, caso comprovada a mora do adquirente, cabia ao autor aforar unicamente ação de rescisão contratual para resolver o contrato celebrado com a parte adversa.

Desta feita, por todo o exposto, no presente caso, o processo não é capaz de trazer ao demandante a pretensão formulada em sede da inicial, restando incontroversa a ausência do interesse de agir, na modalidade adequação.

Em razão da inversão da sucumbência, carreio ao autor o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ora arbitrados em R$ 2.000,00.

Afasto ainda a condenação da parte ré nas penalidades por litigância frívola.

3. *"Ex positis"*, **pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012940-61.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante I.R.G. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado L.A.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BEM IMÓVEL CONSTRUÍDO EM TERRENO DA FAMÍLIA DO RÉU. DIREITO À MEAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CASAL QUE CONSTRUIU O IMÓVEL DURANTE A VIGÊNCIA DA UNIÃO

Acesso ao Sumário

ESTÁVEL. PROVA TESTEMUNHAL. PRETENSÃO DO RÉU À APLICAÇÃO DA SÚMULA 380 DO STF. INADMISSIBILIDADE.

IMÓVEL CONSTRUÍDO EM TERRENO DE TERCEIROS. "Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização" (art. 1255 do Código Civil).

Na hipótese dos autos, embora a construção do imóvel tenha sido realizada em terreno da família do réu, a autora faz jus à meação sobre os direitos do imóvel construído pelo casal, de forma que eventual indenização deverá ser exigida do proprietário do imóvel, em ação própria, porquanto foram eles que se beneficiaram com a edificação. Prova testemunhal que corroborou com o direito da autora.

AFASTAMENTO DA SÚMULA 380/STF. A união estável do casal terminou após o advento da Lei 9.278/96 e da vigência do novo Código Civil (2008), de modo que, respeitado o entendimento do réu, não é necessária a prova do esforço comum entre os conviventes para o direito à partilha do patrimônio adquirido durante a união estável, conforme previa a Súmula 380 do STF.

Aplicação do art. 1725 do CC. Presume-se que os bens adquiridos pelo casal na constância da união estável foram adquiridos pelo esforço comum, o que autoriza a partilha.

Sentença parcialmente reformada para declarar que eventual indenização referente à meação da autora sobre o imóvel construído em propriedade de terceiros deverá ser exigida do proprietário do bem, em ação própria.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. – Recorreu o réu da sentença, proferida pela Doutora **Ana Carla Crescioni S. A. Salles**, que julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer que as partes viveram em união estável durante o período de janeiro de 2000 a 31.07.2008, bem como para declarar os direitos da autora sobre

50% da construção edificada sobre o imóvel matriculado sob nº 100.819, com exclusão do terreno pertencente a terceiros, que deverão ser indenizados pelo réu. A sentença, ainda, julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral. Sustentou que a autora não tem direito à meação do imóvel, visto que o bem foi construído em terreno de propriedade de seus pais. Afirmou que a autora não contribuiu financeiramente para a construção do imóvel, o que impõe a aplicação da Súmula 380 do STF.

A autora respondeu ao recurso. Pediu, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, visto que intempestivo. Sustentou que a construção do imóvel se deu na vigência da união estável, de modo que não há como afastar a partilha.

É o relatório.

2. – A decisão agravada foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 11.07.2013 (fls. 202). Considera-se a data da publicação o dia 12.07.2013 (sexta-feira), de forma que o prazo para interpor recurso teve inicio no dia 15.07.2013 e terminou no dia 29.07.2013.

Dessa forma, como o apelante interpôs o recurso no dia 29.07.2013 (fls. 205), o recurso é tempestivo.

Superada a questão preliminar, verifica-se nos autos que a autora ingressou com ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c pedido de indenização por dano moral, tendo em vista o reconhecimento da união estável mantida entre as partes durante dez anos, bem como a partilha de um imóvel (fls. 02/09).

A sentença reconheceu a união estável entre o casal no período de janeiro de 2000 a 31.07.2008 e declarou o direito da autora sobre 50% da construção edificada sobre o imóvel com exclusão do terreno pertencente a terceiros (fls. 196/200).

É incontroversa nos autos a existência da união estável. A discussão reside quanto à partilha do bem imóvel.

A autora sustentou que construiu juntamente com o réu um imóvel em terreno de propriedade da família do réu, o que impõe a partilha do bem.

Com efeito, dispõe o art. 1725 do Código Civil: **"Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens"**.

Assim, presume-se que os bens adquiridos pelo casal na constância da união estável foram adquiridos pelo esforço comum.

É certo que os documentos de fls. 122/123 comprovam que o imóvel em que o casal fixou residência é de propriedade de terceiros, estranhos ao processo, de modo que não há que se falar em partilha do bem.

Acesso ao Sumário

Contudo, embora o réu, em contestação, tenha declarado que o bem foi construído por seus irmãos e seu genitor (fls. 131), sem contribuição das partes, tal alegação é contrária à prova produzida nos autos.

A prova testemunhal corroborou as alegações da autora de que o bem foi construído pelo casal. A testemunha C.S.L., pedreiro que ajudou na construção do imóvel, declarou que: *"O casal viveu durante o período mencionado na inicial e foi construída por eles a casa no terreno do pai do réu. Que eles moravam em um cômodo cedido pelo pai do réu e foram construindo a casa com o esforço dos dois. (...) Que quando a requerente deixou o lar, a casa estava praticamente pronta, que faltava apenas o banheiro do andar de cima, o forro do andar de cima e uma varanda, que foi feita nos fundos da casa, no andar térreo"* (fls. 176).

A testemunha do réu, M.C.R.P., afirmou que: *"O casal viveu em união estável durante 10 anos, período em que foi construída a casa em questão. Que quando a requerente saiu do lar, a casa estava pronta"* (fls. 178).

O próprio réu em seu depoimento, contrariando a sua declaração inicial de que o imóvel foi construído por seus irmãos, afirmou que: *"O imóvel foi construído por mim com o meu dinheiro e com o meu recurso. Já vivia com ela, depois de dois anos juntos já na nossa união estável que a gente veio morar juntos eu comecei a construir a casa"* (fls. 224).

Assim, não obstante a construção do imóvel tenha sido realizada em terreno da família do réu, a autora faz jus à meação sobre os direitos do imóvel construído pelo casal, de forma que eventual indenização deverá ser exigida do proprietário do imóvel, em ação própria, porquanto foram eles que se beneficiaram com a edificação.

Essa, aliás, é a norma do art. 1.255, do Código Civil em vigor: **"Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização"**.

Francisco Eduardo Loureiro esclarece que *"Traça o legislador a regra geral de o construtor ou plantador perder o que plantou ou construiu a favor do proprietário do solo, mas ter direito à indenização, se agiu de boa-fé. Visa a reparação a evitar o enriquecimento sem causa do proprietário do solo, que terá incorporadas as acessões, em desfavor do construtor ou plantador, que as perderá"* (Código Civil Comentado, coord. Cezar Peluso, Ed. Manole, 6ª ed., pg. 1261).

Ademais, afastada a aplicação da Súmula 380 do STF, como pretendida pelo apelante. Como se observa dos autos, a união estável findou após o advento da Lei 9.278/96 e da vigência do novo Código Civil (2008), de modo que não é necessária a prova do esforço comum entre os conviventes para o direito à

Acesso ao Sumário

partilha do patrimônio adquirido durante a união estável.

Nesse sentido, pondera Euclides de Oliveira: *"Sob esse contexto normativo, e analisadas as disposições das leis especiais e do NOVO CÓDIGO CIVIL sobre a configuração da entidade familiar na união estável e seus efeitos com relação aos companheiros, importa desde logo afirmar que os direitos assegurados nos diversos diplomas normativos somente se aplicam aos que mantenham a vida em comum após a entrada em vigor da correspondente legislação, embora deva computar-se o tempo pretérito, por tratar-se de relação de caráter continuativo. Como consequência dessa afirmação preliminar, tem-se imperiosa conclusão de que estão fora do campo de incidência de cada uma das leis as situações de convivência cessadas anteriormente à data de sua entrada em vigor (...)"* (op. cit., p.112).

A esse respeito, vale destacar o voto de relatoria do Desembargador Paulo Eduardo Razuk: *"O art. 226 § 3º da Constituição Federal de 05.10.1988 elevou a união estável ao grau de entidade familiar, não de mera sociedade de fato. O art. 5º da Lei nº 9.278 de 10.05.96 presume que os bens adquiridos a título oneroso são considerados do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer aos companheiros em condomínio, em partes iguais. A súmula nº 380 do STF, que exigia a prova de esforço comum na partilha do patrimônio, não foi recepcionada pela Constituição Federal, quanto à união estável, ficando a sua aplicação restrita ao concubinato, previsto no art. 1.727 do Código Civil"* (Ap. n. 0002434-13.2011.8.26.0022, dj. 16.04.2013).

No mesmo sentido: *"Ap. n. 611.531-4/8-00, rel. Des. Caetano Lagrasta, dj. 28.01.2009; Ap. n. 0357198-93.2007.8.26.0577, rel. Des. Mendes Pereira, dj. 25.04.2012"*.

Dessa forma, presume-se que os bens adquiridos pelo casal na constância da união estável foram adquiridos pelo esforço comum.

3. – Pelo exposto, respeitado o entendimento em sentido contrário, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso apenas para declarar que eventual indenização referente à meação da autora sobre o imóvel construído em propriedade de terceiros deverá ser exigida do proprietário do bem, em ação própria. Mantida a sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Apelação nº 0013417-24.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ADELAIDE PIRES BARBOSA REINA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FRANCISCO CARLOS REINA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Interdição - Improcedência - Inconformismo - Não acolhimento - Situação de dependente químico que, por si só, não gera a condição de incapaz - Conduta agressiva e criminosa que, de igual forma, não se presta a caracterizar a falta de compreensão da realidade - Sentença confirmada - Recurso desprovido.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de interdição, proposta por Adelaide Pires Barbosa Reina contra Francisco Carlos Reina, julgou a demanda improcedente. Confira-se fls. 341/352.

Inconformada, apela a autora, sustentando, em resumo, que o réu é dependente químico de álcool e entorpecentes, sendo portador de transtorno antissocial da personalidade. Relata histórico de internações e de fuga, dizendo que ele não aceita tratamento. Faz referências à agressividade do réu, quer em relação a ela autora, quer em relação às coisas que guarnecem a casa. Noticia prática de crimes e o uso de seus rendimentos < dele réu > para consumo de entorpecentes, fornecendo a droga também para o filho mais velho. Insiste que o réu não tem capacidade de autogerência. Questiona a prova pericial realizada e comenta, querendo que prevaleça, o laudo elaborado em demanda voltada à internação compulsória do réu. Invoca o disposto no art. 1767, I e II, do CC.

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade, sendo o recurso recebido e não contrariado. O Ministério Público, em primeiro grau, opinou pelo provimento do recurso e, em segundo grau, apoia a sentença.

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - Por primeiro, cabe consignar que, embora não passe despercebido que as razões de apelação não estejam assinadas, a assinatura na peça de interposição por patrono regularmente constituído e a falta de insurgência do fato pela parte contrária justificam que o fato seja relevado, para conhecer do recurso.

Acesso ao Sumário

III - Inegável que o apelado é usuário de drogas e que tem histórico de consumo imoderado de álcool < alcoólatra >, não se duvidando que sua conduta se mostra por vezes antissocial e agressiva, inclusive ou principalmente, em relação à autora.

De igual forma, salta aos olhos que o apelado caminha para sua deterioração física e mental, não havendo, *sponte sua*, a perspectiva de melhora do quadro.

É certo que, com a devida vênia, a prova pericial realizada nestes autos deixa a desejar, não avançado o experto em um exame psíquico de maior profundidade, relatando uma "situação imediatamente anterior à dependência química propriamente dita", por conta da intelecção do uso nocivo do entorpecente, mas não se dando conta dos diversos episódios de agressividade e de fuga de tratamento.

De todo modo, conclui o perito no sentido de não "ser o mesmo portador de comprometimento cognitivo, mnêmico ou intelectivo que interfira na sua capacidade de discernimento e auto determinação", encerrando seu parecer com a afirmação de que "pelo exame realizado, concluímos que na presente data o examinando encontra-se APTO para todo e qualquer ato da vida civil" (fls. 290).

Correto afirmar que algumas de suas colocações conflitam com o laudo da ação de internação compulsória, mas não se pode dizer que, na essência, sejam díspares.

A conclusão do outro experto foi de que "O examinando apresenta comprometimento do juízo ético e usa de racionalizações para explicar sua condição de dependente químico" e que "em fase inicial de tratamento está indicada internação em enfermaria especializada (psiquiátrica e clínica)", não sendo possível prever "as consequências da internação, porque a dependência química é uma condição altamente complexa, estando sujeita à aceitação e aderência do Periciando ao tratamento" (fls. 312/313).

Como se verifica, é evidente que a condição de viciado e de perda do referencial ético estão presentes, entretanto, essa realidade se faz presente, como regra, nos viciados em geral, que chegam a ser agressivos e a cometer delitos, todavia, daí a dizer que o apelado não pode exprimir sua vontade ou que não está cônscio de sua realidade tem uma certa distância.

Não altera esse quadro a regra trazida com o vigente Código Civil, que acabou por estabelecer a possibilidade de interdição, colocando sob curatela os "ébrios habituais e os viciados em tóxicos" (CC, art. 1767, III), dispositivo que não tinha precedentes no CC de 1916.

Nessas hipóteses, a interdição é possível quando o vício compromete o discernimento, afetando a compreensão da realidade.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido a lição de Milton Paulo de Carvalho Filho: "Já o álcool e as substâncias entorpecentes podem reduzir o entendimento por afetar o cérebro, tornando o indivíduo relativamente incapaz, sujeitando-o à curatela relativa. Entretanto, se a gravidade for tal que o iniba completamente de entender, a incapacidade será absoluta."[1].

Parece evidente que o apelado caminha para isso, que se sobreviver por mais tempo ao seu irresponsável comportamento, em breve certamente atingirá o primeiro estágio e em curto espaço de tempo o segundo degrau.

Acontece que, por enquanto, isso não aconteceu e a conduta reprovável que adota, no momento, não é suficiente a caracterizar esse quadro, ainda que, eventualmente, no futuro isso possa ocorrer.

Aliás, seria risível se não fosse trágico imaginar uma curadoria exercida nos moldes da realidade enfrentada pelas partes, quando a apelante está sob a proteção de medida protetiva que impede o apelado de dela se aproximar, ou seja, o curatelado (interdito) não pode chegar perto de sua curadora.

Concluindo, a r. sentença apelada comporta confirmação, inclusive, por seus próprios fundamentos.

IV - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001998-24.2005.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é apelante ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A, é apelado HÉLIO SANTANA CORREIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao apelo, vencido o Desembargador revisor, que declara voto, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão". **(Voto nº 15.379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

1 Código Civil Comentado, Manole, 5a ed., Coordenador Min. Cezar Peluso, comentário ao art. 1.767, p. 2124.

Ementa: DECLARATÓRIA - Inexigibilidade de débito oriundo de fornecimento de energia elétrica supostamente adulterado - Pedido reconvencional contraposto pela concessionária de energia, que sustenta a legalidade da cobrança - Pretensões principal e cautelar julgadas procedentes em primeiro grau de jurisdição, rejeitado o pedido reconvencional, por não estar suficientemente provada a suposta adulteração no medidor de consumo de energia - Irresignação recursal da concessionária fundada na comprovação da fraude pela emissão do Termo de Ocorrência e documentos produzidos no local, dentro das diretrizes da Resolução ANEEL nº 456/2000 - ENERGIA ELÉTRICA - Adulteração resultante da violação dos lacres do medidor, com comprovada redução do consumo nos meses posteriores - Fraude atestada com a documentação fornecida - Termo de Ocorrência de Irregularidade, quando emitido em conformidade com a Resolução ANEEL nº 456/2000, goza de presunção de legalidade, podendo ser corroborado por extratos de medição que demonstram a existência de 'degraus' de consumo, sem causa aparente - Cálculo que deve considerar o real consumo da unidade consumidora, baseado na carga instalada no período da irregularidade, quando possível, conforme critério estabelecido no artigo 72, inciso IV, alínea 'c', da Resolução ANEEL nº 456/2000 - Cobrança a ser efetuada pelas vias ordinárias, não autorizando o corte no fornecimento - Verba a título de 'custo administrativo' indevida, por retratar sanção de caráter indenizatório - Hipótese em que o pedido principal é rejeitado, acolhendo a pretensão reconvencional com a exclusão da verba mencionada - Sentença reformada - Apelação parcialmente provida.

VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de dívida, precedida de medida cautelar, sob o argumento do desconhecimento dos motivos que levaram a concessionária a emitir fatura no valor de R$ 3.281,13, referente à consumo de energia não registrado em decorrência de suposta adulteração no medidor de consumo, fato que acabou por acarretar no corte no fornecimento.

Acesso ao Sumário

Concomitantemente ao oferecimento de sua contestação, a ré ajuizou pedido reconvencional (fls. 74/75).

Na sentença de fls. 135/139 a pretensão foi julgada antecipadamente e procedente pelo Juiz Tiago Ducatti Lino Machado, não convencido da existência de fraude no medidor de consumo de energia, cujo ônus de demonstrá-la era da ré, nos termos dos artigos 6º, inciso VIII, e 22, do Código de Defesa do Consumidor, não sendo o termo de ocorrência de irregularidade documento idôneo para essa prova. Por consequência, o pedido reconvencional restou indeferido, condenando-se a ré em verba honorária sucumbencial de 20% sobre o valor atribuído à causa.

A ré, inconformada, apela (fls. 150/178), alegando, em síntese, que na sua contestação foi esclarecido, inclusive com a juntada de documentos, que a dívida decorreu da constatação de adulteração no medidor de consumo, acompanhada pelo autor, inclusive com levantamento de carga no imóvel para recálculo do faturamento. Aduz, ainda, que foram observadas as diretrizes da Resolução ANEEL nº 456/2000, justificando o corte do fornecimento. Pede, alternativamente, a redução dos honorários sucumbenciais.

O recurso é tempestivo, com preparo comprovado as fls. 179/180.

Contrarrazões as fls. 192/194.

Regularmente intimados, não houve oposição ao rito de julgamento preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 199 e 201).

Eis o breve relatório.

2. Leitura dos autos revela que após inspeção da concessionária de energia, foi lavrado termo de ocorrência de irregularidade (TOI), por ter sido constatada a ausência de lacres no medidor, ocasião em que foi substituído por outro, com imediato levantamento da carga instalada no imóvel, tudo com conhecimento do autor, que apôs sua assinatura nos respectivos documentos (fls. 62/69).

E merece destaque a foto constante a fls. 68, na qual a ausência do lacre é perfeitamente identificável (nos terminais de cor azul).

Além disso, o histórico de consumo no imóvel demonstra a existência de 'degrau' a partir de abril de 2004, sem justificativa aparente, sendo que após a substituição do medidor, ou seja, em setembro de 2004, a padrão de consumo voltou à média supostamente normal (fls. 62).

Vale lembrar, pelos próprios termos da petição inicial, que no imóvel é exercida atividade empresarial, inclusive com a existência de máquinas de lavar e centrífugas industriais (fls. 64), o que leva à intuição de que o consumo de energia deva ser superior à média de 450 kwh que estavam sendo medidos antes da substituição do medidor. Aliás, após essa substituição, referida média subiu para 867 kwh (fls. 62).

Acesso ao Sumário

Por esse prisma, eventual perícia não iria beneficiar o autor, contra quem pende o ônus probatório (artigo 333, inciso I, do C.P.C.), não se podendo falar aqui, da inversão preconizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que a prova pericial é dispensável quando a documentação fornecida for suficiente à formação da convicção do magistrado, ou não necessário o auxílio técnico (artigos 420, parágrafo único, inciso I, e 427, do C.P.C.).

Por outro lado, é indubitável que a concessionária não está obrigada a fornecer energia a quem não paga pontualmente, inclusive porque a remuneração da eletricidade se faz com base em tarifa, que constitui preço público e, assim, se deixar de ser paga pelos usuários, coloca em risco a garantia de continuidade do próprio serviço e pode levar ao colapso sua prestação, que ficaria comprometida.

A ANEEL é autarquia especialmente constituída para fiscalizar e regular o sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica no território nacional (Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996).

Dentro dessa estrutura regulatória, a Resolução nº 456 da indigitada autarquia determina que a concessionária **deve emitir termo de ocorrência de irregularidade** (artigo 72, inciso I) quando constatar fraude no consumo de energia.

Esse documento, a exemplo das multas de trânsito, goza de presunção de legalidade e idoneidade, embora não possa autorizar o imediato corte do fornecimento.

No presente caso, basta a comprovação de oscilação significativa na medição do consumo mensal, sem causa aparente ou diminuição proporcional da carga instalada no imóvel, para corroboração da irregularidade apontada no TOI, o que está bem delineado no extrato de fls. 62, no qual até abril de 2004 o imóvel apresentava média de consumo entorno de 1065 Kwh e, nos meses seguintes, sem justificativa aparente, passou para 450 Kwh, retornando após a substituição do medidor para 867 kwh e crescendo, sobremaneira, após abril de 2005.

Por outro lado, o artigo 72, inciso IV, da Resolução ANEEL nº 456/2000 estabelece os critérios para cálculo do consumo não registrado:

> **"IV - proceder a revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 74 e 90:**
>
> **a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;**

Acesso ao Sumário

b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade; e

c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou das demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

§ 1º Se a unidade consumidora tiver característica de consumo sazonal e a irregularidade não distorceu esta característica, a utilização dos critérios de apuração dos valores básicos para efeito de revisão do faturamento deverá levar em consideração os aspectos da sazonalidade." (grifos desse Relator)

Assim, se não resta dúvida de que houve fraude no registro do consumo, não menos verdade é de que esta não autoriza a interrupção do fornecimento, cuja cobrança deve ser intentada pelas vias ordinárias, baseada, sempre que possível, na aferição da carga instalada na unidade consumidora no período da irregularidade e não pelo pico apurado nos doze meses anteriores, o que pode gerar distorção em desfavor do consumidor.

Somente na hipótese de ser impossível a obtenção da carga instalada nos moldes do parágrafo anterior (o que não é o caso dos autos, à vista do documento de fls. 64), apurar-se-á a média histórica dos últimos doze meses antes da irregularidade.

Finalmente, se constata a cobrança a título de 'custo administrativo' (fls. 70; R$ 560,40), amparada na Resolução nº 456/2000 da ANEEL. Dispõe o artigo 73 desta Resolução que o 'custo administrativo' pode ser cobrado até o máximo de 30% (trinta por cento) sobre o valor líquido da fatura relativa à diferença entre os valores apurados e os efetivamente faturados. Porém, é evidente seu caráter indenizatório de serviço prestado, mas que, *'in casu'*, não foi demonstrado.

O 'custo administrativo' não pode ser imposto unilateralmente como se tratasse de multa, quando na verdade faz às vezes, repita-se, de recomposição que não pode ser presumida.

É verba que deve ser afastada da conta apresentada.

Portanto, a sentença fica reformada para indeferir o pedido principal e dar procedência parcial ao pedido reconvencional, nos termos do parágrafo anterior. A tutela cautelar fica mantida, para evitar o corte no fornecimento pelos motivos

Acesso ao Sumário

declinados linhas atrás.

Sucumbente em maior extensão, responde o autor pelas custas e despesas do processo, bem como por verba honorária sucumbencial de 10% sobre a condenação reconvencional.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **dá-se provimento parcial ao recurso da ré.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 11341)

Acompanho a Douta Maioria na reforma da r. sentença, pois está comprovada a fraude no medidor de energia elétrica.

Ressalvo, contudo, meu entendimento pessoal, no sentido de que a demonstração da fraude no medidor, como regra, requer prova pericial técnica, ônus que compete à concessionária do serviço público, por se tratar de relação de consumo.

Na espécie, entretanto, como restou comprovado o degrau no consumo após a regularização da fraude (fls. 62), rendo-me ao entendimento adotado por esta C. Câmara, para admitir, **excepcionalmente**, o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) e os documentos representativos do débito como provas da fraude no medidor, ainda que produzidos unilateralmente pela concessionária.

Também acompanho o voto condutor quanto ao afastamento da cobrança do valor a título de "custo administrativo" e quanto à impossibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Ouso divergir, entretanto, no que se refere à forma de cálculo do débito, pois, com o devido respeito, discordo do entendimento da Douta Maioria no sentido de que se não for possível a apuração do valor devido por meio de estimativa (art. 72, inc. IV, letra 'c' da Resolução ANEEL nº 456/2000), "apurar-se-á a média histórica dos últimos doze meses antes da irregularidade".

Respeitados os fundamentos do voto condutor, entendo que a apuração da diferença entre o consumo real e o consumo aferido, durante o período em que a leitura teria sido adulterada, não deve se dar com fundamento no artigo 72, IV, 'c' da Resolução ANEEL nº 456/2000 da ANEEL ou com base na média dos **12 meses anteriores** à constatação da fraude.

A cobrança por estimativa não leva em consideração as mudanças do padrão de consumo do imóvel, valendo-se de leitura que, por vezes, ultrapassa muito a média de consumo. Caracteriza-se como critério extremamente benéfico à prestadora de serviços, violando o disposto no artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, não é possível a utilização do critério de apuração da média dos 12 meses anteriores à fraude.

Assim sendo, admitida a cobrança da diferença entre o consumo real e o consumo registrado, este deve ser apurado em liquidação de sentença, segundo a média de consumo daquele imóvel, **calculada com base nos 12 (doze) meses subsequentes à eliminação da fraude**.

Nesse sentido, há julgados deste E. Tribunal: Ap. 0007297-88.2011.8.26.0223, Rel. Morais Pucci, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 01/10/2013; Ap. 0004832-90.2006.8.26.0091, Rel. Francisco Occhiuto Júnior, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 26/09/2013; Ap. 0038830- 94.2007.8.26.0000, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 22/11/2011.

Diante do exposto, pelo meu voto, dava parcial provimento do recurso, na esteira da Douta Maioria, divergindo apenas quanto à forma de cálculo do débito, que, no meu entender, deve ser apurado com base na média de consumo daquele imóvel nos 12 (doze) meses subsequentes à eliminação da fraude.

TASSO DUARTE DE MELO, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019346-20.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante TATIANE FERNANDES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAULEASING S/A (NÃO CITADO).

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.136/2013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - PLANILHA DE CÁLCULO - AÇÃO CAUTELAR. Ação que visa compelir a financiadora a apresentar planilha de operações referente à contrato de arrendamento

mercantil. Inadequação da via processual eleita. Carência da ação por falta de interesse de agir. Regularidade. Pretensão que extrapola os limites da medida cautelar. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Demanda extinta com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação cautelar inominada com pedido de obrigação de fazer movida por **Tatiane Fernandes de Oliveira** contra **Banco Itauleasing Sociedade Anônima**, sustentando ter firmado com a segunda nomeada, em aproximadamente 30 de julho de 2010, contrato de arrendamento mercantil. Ocorre que desconhece o valor efetivamente pago pelo bem, um automotor marca/modelo Ford Ka flex, placas EPS-8370, ano/modelo 2010/2011. Defende assim presente direito apto a compelir a financiadora a apresentar planilha de cálculo, para poder aferir o montante já pago, além de juros, taxas, amortizações e multas cobradas. Busca a procedência da ação, nos exatos termos da inicial.

A respeitável sentença de folhas 36 usque 38, cujo relatório se adota, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Custas "*ex lege*".

Inconformada, recorre o demandante pretendendo a reforma do julgado (folhas 43/71). Alega, em breve resumo, presente o interesse de agir no feito, ressaltando o direito à informação e a boa-fé objetiva. Requer o acolhimento do apelo, com o retorno dos autos à primeira instância e a reabertura da instrução do feito.

Recurso tempestivo, regularmente processado e sem resposta, por não ter sido a requerida citada, subiram os autos.

Este é o relatório.

A respeitável sentença não comporta a menor censura.

Trata-se de medida cautelar inominada na qual pretende o recorrente a exibição de planilha de cálculo de operações referente à contrato de arrendamento mercantil, a fim de averiguar a necessidade e viabilidade de possível futura ação revisional.

Ocorre que a planilha de cálculo pretendida não constitui documento comum. Trata-se, conforme expressamente postulado na inicial, de documento a ser elaborado pela instituição financeira, de forma que não se encontra entre as hipóteses em que se admite a exibição judicial (artigo 844, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil).

Assim, dessume-se dos autos que a intenção da recorrente é obrigar a demandada a prestar contas, com o fornecimento de documento no qual detalhe o valor principal da dívida, encargos e parcelas contratuais, juros e critérios de incidência, assim como eventuais multas e demais penalidades previstas no contrato (item I, folha 22).

Logo, inadequada a via eleita, pois a cautelar não se presta para o exame detido de cálculos, valores e percentuais.

Nesse sentido jurisprudência recente deste Tribunal de Justiça, "*in verbis*":

"**ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER** - Pretensão de prestação de contas - Inadequação da via eleita - Carência de ação - Sentença mantida. Recurso Improvido". (TJSP - Apelação nº 9000441-76.2011.8.26.0506 - Rel. Des. Antônio Nascimento - 26ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 26.06.2012).

"**AÇÃO CAUTELAR INOMINADA** - Pretensão de exibição de planilha de débito com o valor principal da dívida e detalhamento do saldo devedor - Extinção da ação, sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil - Admissibilidade - A medida cautelar afigura-se inadequada para a satisfação da pretensão da requerente, sendo de rigor a extinção do feito sem julgamento do mérito - Recurso improvido". (TJSP - Apelação nº 9000490-20.2011.8.26.0506 - Rel. Des. Pedro Ablas - 14ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 13.06.2012).

"**MEDIDA CAUTELAR -** Exibição de documentos. Indeferimento da inicial. Pedido de confecção de planilha de cálculo a respeito do valor da obrigação e saldo devedor. Impossibilidade. Pretensão que extrapola os limites da cautelar. Necessidade de elaboração do documento pelo banco. Hipótese de prestação de contas. Sentença mantida. Recurso não provido". (TJSP - Apelação nº 9000306-64.2011.8.26.0506 - Relator Desembargador Roberto Mac Cracken - 22ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 15.12.2011).

Consequentemente, ausente o interesse de agir, sendo patente a inadequação da via processual eleita.

Observa-se, por fim, que tal inadequação não pode ser suprida pelo Judiciário, pois o erro evidenciado constitui ausência de uma das condições da ação, ensejando obrigatoriamente a extinção da demanda sem apreciação do mérito.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000064-62.2013.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante RAFAEL COSTA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelada BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.850)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: A ação de busca e apreensão de bem objeto de alienação fiduciária em garantia é autônoma, não se confunde com a homônima medida cautelar nem se submete a requisitos formais desta, como o cumprimento do mandado por dois oficiais de justiça. Nela, se não há incidente de purgação de mora, não se discutem dívida ou seus acessórios. Não custa assinalar que juros remuneratórios não excluem juros e multa moratórios, que incidem até a satisfação do débito, nem as prestações pagas, que não se perdem em favor do credor e serão consideradas no abatimento final, após a venda extrajudicial do bem.

VOTO

Réu apela da respeitável sentença que acolheu ação de busca e apreensão de bem objeto de alienação fiduciária. Reclama de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado, que o impediu de demonstrar o prejuízo sofrido com o cumprimento da liminar por apenas um oficial de justiça, ato em cuja nulidade insiste. Impugna o montante exigido e argumenta com pagamento efetuado, a excluir juros futuros e seu cúmulo com juros e multa moratórios. Argumenta também com montante dado de entrada e com o valor do bem, acena com enriquecimento ilícito e quer que se reconheça seu direito à diferença.

Dispensava-se preparo e veio resposta.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Regida pelo Decreto-lei 911/69, a ação de busca e apreensão de bem objeto de alienação fiduciária em garantia é autônoma (art. 3º, § 8º), não se confunde com a homônima medida cautelar nem se submete a requisitos formais desta, como o cumprimento do mandado por dois oficiais de justiça (CPC, art. 842).

Assim, nenhuma nulidade há, não se exigia produção de prova de prejuízo e tampouco se configura cerceamento de defesa no julgamento antecipado.

Nessa demanda não há excussão direta do crédito e, portanto, não se discutem dívida e acessórios, salvo na hipótese de purgação de mora.

De todo modo, não custa assinalar que juros remuneratórios não excluem juros e multa moratórios, que incidem até a satisfação do débito.

Também não custa assinalar que as prestações pagas, que não se perdem em favor do credor, serão consideradas no abatimento do débito final, após a venda extrajudicial do bem, e eventual saldo será entregue ao devedor (Decreto-Lei nº 911/69, art. 2º).

Mantém-se, pois, a conclusão da respeitável sentença e, pelas razões expostas, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0212814-42.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COOPERATIVA HABITACIONAL DOS TRABALHADORES DE SÃO PAULO CHT, é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL MORADA INGLESA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19406)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORESI E LINO MACHADO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - DESPESAS CONDOMINIAIS - DEMANDA DIRIGIDA CONTRA COOPERATIVA - IMÓVEL ENTREGUE AO COOPERADO - NEGÓCIO DE CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA

Acesso ao Sumário

DA RÉ - AÇÃO EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Insurge-se a Cooperativa/ré contra sentença que julgou procedente a ação de cobrança de débitos condominiais.

Sustenta que não é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, vez que a unidade foi entregue ao cooperado e tal fato era de conhecimento do condomínio. No mérito diz que o autor não comprovou a existência de seu crédito.

O recurso foi processado em ambos os efeitos, com as contrarrazões.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Não obstante sua natureza *propter rem*, a obrigação de pagamento de despesas de condomínio não recai somente sobre o proprietário do imóvel, assim considerado aquele que que figura como tal no registro imobiliário.

Conforme se extrai do artigo 9º da Lei 4.591/64 e art. 1.334, § 2º do Código Civil, também são considerados condôminos os promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, independentemente de o negócio estar averbado no registro imobiliário.

Assim, o detentor dos direitos de aquisição da propriedade é considerado condômino para todos os efeitos, podendo, inclusive, excluir a obrigação de pagamento, que, originariamente seria do proprietário.

Sabido que a taxa condominial é composta não só de valores gastos com a manutenção da coisa[1]. Grande parte das despesas resulta de serviços prestados ou postos a disposição àqueles que efetivamente residem nas unidades autônomas do edifício[2].

Nesta perspectiva, se o condomínio tiver conhecimento da transferência dos direitos de aquisição da propriedade a terceiros, somente a estes compete o pagamento das despesas condominiais, pois são os únicos que efetivamente usufruem dos serviços prestados ou postos a disposição pelo condomínio.

Nesse sentido é a jurisprudência consolidada pelo STJ:

1 Obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel, pintura das fachadas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum etc.

2 Consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum, limpeza, manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer; manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas; salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio coletivas etc.

Acesso ao Sumário

RECURSO ESPECIAL – DESPESAS CONDOMINAIS - TRANSFERÊNCIA DA POSSE EM VIRTUDE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - PROMISSÁRIO-COMPRADOR - IMISSÃO NA POSSE, COM O PLENO CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - REGISTRO - DESINFLUÊNCIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A teor da jurisprudência desta a. Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (ut EREsp nº 136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/99);

II - Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva ad causam da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo compromissário-comprador, tal como entenderam as Instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material;

III - Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações propter rem, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição;

IV - Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura, no registro, como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos;

V - Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte promissário-comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel;

VI- Recurso Especial provido.

(REsp 1079177/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 17/06/2011).

Na hipótese a ré é entidade constituída com a finalidade de administrar recursos para aquisição de unidades habitacionais pelo sistema cooperativo. Demonstrou que os direitos relativos à propriedade da unidade imobiliária

Acesso ao Sumário

objeto da demanda foram transferidos ao cooperado Haroldo Tadeu Biaggio, através de adesão a sistema cooperativo de autofinanciamento firmado em 30 de junho de 2002 (fls. 181/187).

Nestas circunstâncias, não é razoável supor que o condomínio desconhecesse tal fato, uma vez que a maioria dos imóveis foi negociada da mesma forma pela cooperativa, responsável pela contratação do empreendimento.

Além disso, conforme se verifica das atas das assembleias condominiais copiadas às fls. 38/102, o nome do cooperado Haroldo Tadeu Biaggio aparece como sendo o condômino da unidade A-103, objeto da presente demanda. O fato de não constar sua assinatura nas atas indica apenas seu não comparecimento às reuniões, mas não o desconhecimento de sua condição pelo condomínio.

Nestas circunstâncias, se os direitos de aquisição da propriedade da unidade imobiliária descrita na exordial pertencem ao cooperado, e não havendo notícia da rescisão do contrato de fls. 181/187, a apelante é parte ilegítima para responder pelas despesas apontadas na inicial.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para extinguir o processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, VI (ilegitimidade de parte) do CPC, e condenar o autor ao pagamento das custas despesas processuais e honorários advocatícios que, com base no § 4º do art. 20 do CPC, ora fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000495-22.2013.8.26.0347, da Comarca de Matão, em que é apelante BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelado IRINEU ANTONIO MASSOCA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA E J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Acesso ao Sumário

- MEDIDA CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CASO EM QUE SE COMPROVOU QUE O REQUERENTE FORMULOU PEDIDO DIRETAMENTE AO BANCO - REQUERIDA QUE NÃO ATENDEU À SOLICITAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E DA CAUSALIDADE - CONDENAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente medida cautelar de exibição de documento, e condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 678,00, nos moldes do artigo 20, § 4° do Código de Processo Civil.

Inconformado recorre a instituição financeira acenando com a suspensão da tramitação dos processos que envolvem a cobrança de tarifas administrativas, e sustenta não haver justificativa para arbitramento de honorários advocatícios, uma vez que não houve recusa em fornecer via contratual administrativamente.

Recurso processado na forma da lei.

É o relatório.

Cumpre observar tratar-se de medida cautelar de exibição de documentos, ajuizada pelo apelando, visando a obtenção do contrato firmado entre as partes, de forma que não tem cabimento a alegação de suspensão do trâmite da ação, porque sequer o autor discute a eventual cobrança de tarifas administrativas.

Quanto ao mais, restou demonstrado nos autos que o requerente, antes de ajuizar a ação cautelar, procurou obter os documentos em questão diretamente da apelada, em outubro de 2012 (folha 114/16) não obtendo êxito o seu pedido.

Em decorrência de não ter sido atendido seu pleito, em janeiro de 2013, ajuizou a presente ação.

Acesso ao Sumário

Assim, como a apelada quedou-se inerte na solicitação formulada na via administrativa, deve arcar com o pagamento das verbas da sucumbência, aplicando-se o princípio da causalidade, o que seria desnecessário caso tivesse apresentado os documentos quando formulado administrativamente o pedido.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"(...) Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito (...)". ("Instituições de Direito Processual Civil", v. II, p. 645, Malheiros, 2001).

Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Colenda 23ª Câmara de Direito Privado:

"MEDIDA CAUTELAR - Exibição de documentos - Ocorrência do fato ou direito superveniente que é impertinente para fins de fixação da sucumbência - Requerido que deu causa à instauração da demanda - Requerido que não atendeu à notificação extrajudicial da requerente, para que apresentasse os documentos - Requerente que foi obrigada a postular em juízo a exibição dos documentos - Requerido que deve arcar com os encargos da sucumbência - Aplicação do princípio da causalidade - Apelo provido em parte". (Apelação nº 1.252.088-2, São Paulo, Rel. Des. JOSÉ MARCOS MARRONE, j. 2006).

Nestas condições, mantida a sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003113-36.2008.8.26.0695, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes/apelados NARCISO ROSA PEREIRA (CURADOR ESPECIAL) e ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da autora e deram provimento ao recurso do Advogado Dativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.294)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR E LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Energia elétrica. Monitória. Faturas de consumo de energia elétrica. Débitos decorrentes de apuração unilateral de irregularidades (TOI). Procedência dos embargos e extinção da ação principal. Alegação, pela concessionária, de fraude perpetrada pelo usuário, com base no termo de ocorrência de irregularidades. Documento que, por si só, não faz prova da alegada fraude. Dúvida sobre o seu montante ou até mesmo

Acesso ao Sumário

sobre sua exigibilidade. Autora que não comprova satisfatoriamente as irregularidades apontadas. Necessidade de demonstração de fraude que não se faz apenas com o TOI. Impossibilidade de realização de prova pericial em razão de o equipamento medidor ter sido substituído. Réu defendido por curador especial. Convênio entre a Defensoria Pública e a OAB. Honorários de sucumbência devidos. Honorários previstos no citado convênio que não se confundem com aqueles decorrentes da sucumbência. Art. 20 do Código de Processo Civil. Fixação dos honorários de advogado em R$ 800,00. Improvimento do recurso da autora e provimento àquele do Advogado Dativo.

A concessionária é detentora de tecnologia de distribuição e medição do consumo de energia elétrica. Bem por isso, cabe a ela a demonstração da existência de fraude no relógio medidor. O TOI, isoladamente, é imprestável para respaldar a alegada fraude, máxime quando impugnado em processo judicial o seu conteúdo. Daí porque não pode cobrar diferenças de consumo com base nessa causa.

Não há que se confundir os honorários previstos no convênio firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil com os honorários decorrentes da sucumbência e que são devidos aos advogados da parte vencedora.

Os honorários advocatícios da sucumbência devem ser fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais).

VOTO

Tratam-se de recursos interpostos contra r. sentença de fls. 163/166 que julgou procedentes embargos ofertados à ação monitória, com extinção do processo principal e no qual a autora embargada reclama pagamento de valores decorrentes do Termo de Ocorrência de Irregularidade no registro de consumo de energia elétrica, condenando a autora embargada aos ônus da sucumbência, mas limitando o pagamento da verba honorária ao montante do convênio.

Sustenta o Advogado Dativo que tem legitimidade para discutir parte da decisão que deixou de fixar seus honorários de advogado pela sucumbência da outra parte, aduzindo que o MM. Juiz "*a quo*" laborou em equívoco ao condenar a autora somente nas custas e despesas processuais. Pede fixação da verba honorária.

Acesso ao Sumário

De outro lado, recorre a autora, alegando que anexou documentação hábil a demonstrar cabalmente a irregularidade no medidor de energia, sendo que o Termo de Ocorrência de Irregularidade reveste-se do atributo da presunção de legitimidade e veracidade. Diz que o ato administrativo que comprova a ocorrência de irregularidade foi documentado através do Termo de Ocorrência de Irregularidade, lavrado nos estritos termos da Resolução ANEEL 456/2000, aduzindo que foi devidamente acompanhado pelo apelado que declarou estar ciente do procedimento irregular constatado. Argui que a cobrança se refere a valores pelos serviços de fornecimento de energia elétrica efetivamente prestados, mas não registrados em virtude de irregularidades no sistema de medição. Aduz que, na elaboração dos cálculos, foram observados os termos do art. 72, IV, item "c", da Resolução nº 456 da ANEEL e que todo ato administrativo é dotado de atributos que lhe são peculiares, tais como a presunção de legitimidade, auto executoriedade e imperatividade. Nada afasta a responsabilidade do usuário sobre o equipamento de medição de consumo de energia elétrica da unidade de que é titular perante a Concessionária do Serviço Público, destacando que, havendo irregularidade ou fraude na instalação elétrica da unidade consumidora, justamente para mascarar ou elidir a apuração do consumo efetivo, impõe- se à Concessionária de serviços o arbitramento do consumo real e não faturado, nos termos do art. 72 e incisos da resolução ANEEL 456/2000 e suas alterações. Diante da presunção *juris tantum* da legitimidade dos atos administrativos, competia ao apelado demonstrar as ilegalidades perpetradas pelo apelante, o que não o fez. Requer a reforma da r. sentença.

Processados os recursos com preparo apenas da autora (réu apelante beneficiário da assistência judiciária) e com contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o relatório do necessário.

Extrai-se dos autos que a autora, ora apelante, ajuizou ação monitória fundada em faturas de fornecimento de energia elétrica inadimplidas no período de 06/2001 a 05/2005 e referentes às diferenças de contas pelo reconhecimento de fraude no relógio medidor de consumo, registrando valores inferiores aos reais.

Nos termos do art. 1.102-A do Código de Processo Civil para a propositura da ação monitória basta a existência de prova escrita sem eficácia de título executivo. A prova escrita consiste em documento que, embora não prove diretamente o fato constitutivo do direito, possibilita ao juiz presumir a existência desse direito alegado.

No caso, está cabalmente demonstrada a existência de início de prova da dívida por meio das faturas de energia elétrica, porquanto presumível a contratação do serviço de energia elétrica, podendo valer-se dos embargos

Acesso ao Sumário

monitórios para impugnar a cobrança.

Nesse sentido entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA PELO FORNECIMENTO DE MERCADORIA. FATURA. DOCUMENTO HÁBIL. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE.

1. Correta a aplicação da denominada Teoria da Causa Madura, prevista no § 3º do art. 515 do CPC, porque desnecessária a produção de outras provas.

2. Doutrina e Jurisprudência, inclusive do STJ, têm entendido que é título hábil para cobrança, documento escrito que prove, de forma razoável, a obrigação, podendo, a depender do caso, ter sido produzido unilateralmente pelo credor.

3. É perfeitamente viável instruir ação monitória ajuizada por concessionária de energia elétrica com cópia de faturas de cobrança por serviços prestados, sendo desnecessária, na hipótese, a assinatura do devedor.

4. Recurso especial não provido" (REsp nº 894.767/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 19/08/2008).

De outra parte, o débito questionado resulta da constatação pela concessionária de irregularidades na medição de energia elétrica da unidade consumidora, o que ocasionou, segundo ela, registro incorreto da energia consumida.

O critério adotado para aferição do débito, porém, não é absoluto e o Termo de Ocorrência de Irregularidades (fl. 25), emitido no ato de inspeção, é genérico e unilateral, e não permite sua adoção simplista ou mesmo da planilha de cálculo de revisão de faturamento. Cuida-se, à evidência, de prova parcial e, embora tenham os prepostos da ré qualificações para a necessária verificação, era preciso que a ré demonstrasse a efetividade da adulteração do relógio de medição de consumo de energia elétrica, observando, para tanto, o princípio do contraditório. Ademais, o documento restou subscrito para evitar mal maior, pois feito com antecedente de ameaça de corte de energia.

Acesso ao Sumário

De toda forma, o que importa é que este Tribunal tem posicionamento pacífico sobre a matéria, anotando, por reiteradas oportunidades, que o termo de ocorrência de irregularidades, dado seu caráter unilateral, não ostenta presunção de veracidade ou de legalidade, devendo a concessionária, em havendo impugnação judicial da sua regularidade, demonstrá-la em Juízo mediante os meios regulares de direito, principalmente por meio de perícia.

Nesse sentido julgado desta C. Câmara:

"Prestação de serviços. Ação declaratória. Nulidade de débito. Lançamento sustentado em Termo de Ocorrência de Irregularidade. Alegação da concessionária/ré da ocorrência de fraude no relógio medidor

de consumo de energia elétrica instalado na unidade consumidora. Suposta fraude apontada pela ré com fundamento em termo de ocorrência de irregularidade produzido de forma unilateral. Documento que não se presta a fazer prova da alegada fraude. Inversão do ônus da prova. Aplicação dos princípios consumeristas. Concessionária que não provou a irregularidade no consumo de energia. Procedência da ação para declarar a nulidade do débito apresentado pela concessionária. Recurso do autor provido" (Apelação com Revisão 990.10.062475-0, Rel. Des. Ruy Coppola, J. 18.03.2010). Sobre o tema as apelações nºs 1.127.793-0/7 e 995.222-0/9 relatores os Desembargadores Francisco Occhiuto Junior e Walter Zeni.

Sobre o tema já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

" ... é ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica se o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária de serviço público. Nesse sentido: AgRg no AG n. 1287.425/RO, DJe de 27.9.2010, relator ministro Herman Benjamin, REsp n. 1.099.807/RS, DJe de 28.9.2009, relator o Ministro Castro Meira, dentre outros." (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.336.503/RO, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, J. 08/02/2011).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE DO MEDIDOR. RESOLUÇÃO Nº 456/00. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE. FRAUDE. VERIFICAÇÃO UNILATERAL. INVALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não é lícito à concessionária interromper os serviços de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos.

2. É ilegítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica quando o débito decorrer de suposta fraude no medidor de energia, apurada unilateralmente pela concessionária.

3. É inviável, em sede de recurso especial, a análise de malferimento a resolução, portaria ou instrução normativa.

4. Incidência do verbete sumular 83/STJ.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 243.389/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 11/12/2012).

Destarte, não se mostra correta a atitude da concessionária em emitir

Acesso ao Sumário

documento que não discrimina a contento as fraudes encontradas, razão pela qual se revela insuficiente para embasar a regularidade do débito apontado.

Ademais, a concessionária não trouxe qualquer subsídio nesse sentido e não se interessou na produção da única prova relevante para o caso, ou seja, a perícia, assim como do critério utilizado para a aferição do débito, resultante das diferenças encontradas entre o valor consumido e o valor pago pelo autor.

A concessionária deixou de observar dispositivo da Resolução nº 456/00, que dispõe, no seu artigo 72, incisos II e III, que cabe à concessionária quando da ocorrência de irregularidades, por ela não praticadas, promover perícia técnica a ser realizada por terceiro legalmente habilitado, quando requerida pelo usuário, que na maioria das vezes desconhece esta possibilidade, bem como "implementar outros procedimentos necessários à fiel caracterização da irregularidade".

Nem há que se atribuir a demonstração de ausência de consumo ao autor. Sua hipossuficiência mostra-se evidente diante da dificuldade de desincumbir-se do ônus de provar fraude no relógio medidor, principalmente na concretização de perícia no sistema de medição. A hipossuficiência não é a econômica (cf. Milton Paulo de Carvalho Filho, *in* "Ainda a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor", *in* Revista dos Tribunais, volume 807, págs. 56-81), mas sim aquela de natureza técnica.

É caso de incidência do Código de Defesa do Consumidor e, dada a hipossuficiência do consumidor, a demonstração técnica da fraude era de exclusiva responsabilidade da fornecedora dos serviços.

Dessa forma, forçoso é o reconhecimento de que a ré não se desincumbiu do dever de demonstrar os fatos invocados, contaminando o termo de ocorrência de irregularidade e a apuração do débito.

Em suma, a prova pericial restou prejudicada, tendo em vista que o equipamento medidor tido como fraudado foi substituído por outro (fl. 25).

Assim, não havendo provas acerca da irregularidade no medidor de energia elétrica, a procedência dos embargos e a improcedência da monitória são medidas que se impõem.

De outra parte, assiste razão ao Advogado Dativo quanto à fixação das verbas de sucumbência, observando que tem ele legitimidade e interesse para recorrer da decisão que deixou de fixar as verbas da sucumbência, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.906/94.

Não há que se confundir os honorários previstos no convênio firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil com os honorários decorrentes da sucumbência. Aqueles são fixados para o caso das partes que não se encontram assistidas por advogados e que necessitam do concurso do profissional por exigência legal. Em assim sendo, os valores

Acesso ao Sumário

estimados na tabela são os honorários convencionais.

Os que são fixados na sentença correspondem aos honorários da sucumbência e que são devidos aos advogados da parte vencedora, nos termos dos arts. 22 e 23 do Estatuto da OAB, pouco importando que seja beneficiária da assistência judiciária.

Nesse sentido julgados deste C. Tribunal de Justiça:

"HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Curador Especial. Fixação da verba. Admissibilidade. Profissional que faz jus à verba honorária decorrentes da sucumbência, considerando o trabalho desenvolvido para a defesa da parte. Irrelevância de receber remuneração referente à tabela do convênio OAB/PGE. Verbas que possuem fatos geradores. Precedentes. Recurso provido" (Apelação nº 9161371-78.2004.8.26.0000, Rel. Des. Lígia Bisogni, 14ª Câmara, J. 17/06/2009).

"Apelação. Ação de busca e apreensão. Extinção do processo sem resolução de mérito. Nomeação de curador especial. Convênio entre a Defensoria Pública e a OAB. Honorários advocatícios que devem ser fixados de acordo com o referido Convênio. Advogado que também faz jus aos honorários sucumbenciais, ante sua natureza diversa. Sentença reformada. Recurso provido" (Apelação nº 0004126-93.2008.8.26.0073, Rel. Des. Walter Cesar Exner, 25ª Câmara, J. 20/06/2013).

O art. 20 do Código de Processo Civil é claro em dispor que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Assim, os honorários de advogado da parte vencedora devem ser fixados em R$ 800,00, nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, em razão da simplicidade da demanda e que não exigiu do advogado trabalhos excepcionais.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso da autora e dá-se provimento ao recurso do Advogado Dativo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0700759-62.2011.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado DIEGO DE OLIVEIRA VIEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 9277)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: EXTINÇÃO DO PROCESSO - EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL - ART. 284, CPC - DESCUMPRIMENTO - A inércia do autor no cumprimento da decisão que determinou a emenda da inicial enseja a aplicação do parágrafo único do art. 284 do CPC, acarretando o indeferimento da inicial com base no art. 295, inciso VI, do CPC - Hipótese em que não há necessidade de intimação pessoal do autor - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação monitória proposta por BANCO ITAUCARD S.A. contra DIEGO OLIVEIRA VIEIRA DA SILVA, objetivando o recebimento da quantia de R$ 6.152,87, correspondente ao saldo devedor do contrato de empréstimo.

Sobreveio sentença de extinção do processo, cujo relatório se adota, com base no descumprimento da decisão que determinou a emenda da inicial (fls. 33).

Inconformado, o banco autor vem recorrer, sustentando, em resumo, que a extinção é permitida somente após a sua intimação pessoal, nos termos do art. 267, § 1º, do CPC (fls. 36/38).

Recurso processado. Sem resposta recursal, diante da ausência de citação.

É o relatório.

Cuida-se de ação monitória baseada em contrato de empréstimo.

Por decisão proferida a fls. 29, foi determinado ao autor apelante a emenda da inicial, com a explicação dos fatos narrados na inicial, correção do valor requerido, considerando a divergência entre os cálculos apresentados, bem como justificando o procedimento escolhido.

O autor foi intimado em 31/01/2012, deixando decorrer o prazo para cumprimento da determinação, conforme certidão cartorária expedida em 14/03/2012 (fls. 29, 30, 31 e 32).

Diante desse quadro, a r. sentença não comporta reforma. Apesar de o banco apelante sustentar que não se lhe foi oportunizada a emenda da inicial, a certidão de publicação de fls. 31 comprova a sua regular intimação na pessoa de

seus advogados.

Cabe frisar que na decisão de fls. 29 o autor foi advertido quanto ao indeferimento da inicial após o prazo de dez dias concedido para o cumprimento.

Ademais, tendo sido concedido prazo para a emenda da inicial, consoante *caput* do art. 284 do CPC, a inércia do autor no cumprimento implica a aplicação automática do disposto no seu parágrafo único ("Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial").

Dessa forma, não se há falar em intimação pessoal do autor para a extinção do presente feito, vez que o fundamento da sentença não se enquadra na hipótese prevista no inciso III do art. 267 do CPC, mas decorre do disposto nos arts. 284 e 295, VI, do CPC.

Em conclusão, inexistindo qualquer elemento capaz de dar respaldo às razões do apelante, fica mantida a extinção do processo, nos termos da r. sentença.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022460-86.2011.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER LAPA, é apelado NORBERTO CHERICONI.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7249)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), LUIZ AMBRA E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

HELIO FARIA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Suspeita de prática de pedofilia em banheiro de shopping center - Imputação de prática de suposto ato ilícito ao apelado - Avô que apenas levara neta de três anos e meio ao banheiro para não deixa-la sozinha - Constrangimento existente - Abalo moral indenizável - Lesão à honra subjetiva e objetiva - Vulneração de direitos personalíssimos - Manutenção

Acesso ao Sumário

do valor indenizatório arbitrado - Sucumbência mantida - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta de r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por dano moral, condenando o réu a pagar ao autor a quantia equivalente a R$ 6.000,00, acrescido de juros de mora a partir da data do ato ilícito e correção monetária pela Tabela Prática do TJSP.

Os embargos declaratórios opostos pelo réu foram desprovidos, em face do caráter infringente e da inexistência da contradição apontada, fls. 116.

Insurge-se o réu contra a sentença, alegando que a teoria do risco só poderia fundamentar a responsabilização do apelante caso o serviço prestado por ele, como fornecedor, não apresentasse a segurança esperada, não sendo este o caso dos autos.

Afirma que, ainda que a prestação do serviço tenha resultado defeituosa, o fornecedor se exime de responsabilidade se provar que o defeito ocorreu por culpa do consumidor ou de terceiro.

Ressalta que o apelado, querendo utilizar o banheiro, levou sua neta consigo, sendo que não poderia alegar que era a criança que precisava e não havia um familiar disponível nas instalações do shopping.

Reputa inegável que o mal entendido ocorreu por culpa exclusiva do apelado ou em concorrência como o terceiro que chamou a segurança, uma vez que o autor não se preocupou em avisar a segurança ou outro funcionário do apelante sobre sua intenção de levar a neta ao sanitário masculino.

Ao assim agir, o apelado assumiu o risco de que sua atitude fosse mal interpretada.

Alega que não ocorreu o dano moral, pois, durante a abordagem, cuidou-se ao máximo da preservação da imagem do apelado e sua neta, tendo agido o apelante apenas por dever de ofício.

Postula o provimento do apelo para que seja a r. sentença reformada julgando-se improcedente a ação ou reduzindo-se o valor arbitrado.

Tempestivo, bem processado e sem resposta.

É o relatório.

Relata o autor que em 30.07.2011 levou sua neta de 3 anos e meio de idade para brincar na Playland do Shopping Center Lapa e para utilizar o sanitário, levou consigo a criança para o banheiro masculino.

Dentro da cabine do banheiro foi abordado pelos seguranças de forma agressiva, batendo na porta, acusando-o do crime de pedofilia, constrangendo-o

Acesso ao Sumário

moralmente diante dos clientes que ali estavam e assustando a menor, que contava com apenas 3 anos de idade.

Em face da situação descrita e do dano moral configurado, ajuizou a presente ação para ver-se indenizado pelos danos experimentados.

A r. sentença de mérito de fls. 103/108 reconheceu a procedência parcial da ação, condenando o réu a pagar ao autor a indenização arbitrada em R$ 6.000,00, com correção monetária desde a data da sentença e juros de mora desde o evento danoso.

Irretocável a sentença.

Apesar de o réu afirmar que possuía um fraldário e um "cantinho da criança" para que a menor fosse deixada enquanto o avô utilizava o banheiro, não se poderia exigir ou obrigar o autor a fazê-lo, porque, por força do inciso II do art. 5º da Constituição da República, "não se poderia exigir do autor a confiança necessária para deixar a neta com os funcionários.", como observou o Magistrado.

Além disso, não seria esperada outra conduta do avô zeloso, que parece ser o autor, pois as outras possibilidades - deixar a neta do lado de fora do banheiro, utilizar o mictório com a criança ao lado, deixá-la dentro do banheiro e utilizar a cabine, fazer uso do banheiro feminino ou pedir ajuda a alguma mulher - não são nem um pouco adequadas, tampouco seguras.

Totalmente descabida a alegação de que o autor não se preocupou em avisar a segurança ou outro funcionário do apelante, assumindo o risco de ser mal interpretado, isto porque sequer poderia imaginar que sua ida ao banheiro do shopping poderia se desdobrar nos acontecimentos aqui relatados.

Ressalta-se, outrossim, que além de ter sido observado por debaixo da porta, dentro da cabine do banheiro, teve que abrir a porta quando nela bateram os seguranças, mesmo ainda sentado no vaso sanitário.

A apelante não negou que tenha abordado o autor no banheiro, fato bem confirmado pelas testemunhas, tendo havido lesão à honra subjetiva, dignidade pessoal e intimidade do apelado.

Também houve lesão à honra objetiva e imagem do requerente, pois havia pessoas do lado de fora do banheiro aguardando a ação dos seguranças, sendo que foi a pedido delas que ocorreu a evacuação do banheiro para a averiguação.

A testemunha José Eraldo, fls. 90/91, afirma que os seguranças reprimiram algumas pessoas alteradas e que pessoas exaltadas do lado de fora falaram sobre levar o autor à delegacia. Revela, ainda, que o pedido de averiguação foi feito de forma coletiva pelos usuários que saíram do banheiro acusando o autor de pedofilia.

Situação extremamente humilhante e vexatória sucedeu-se, restando

Acesso ao Sumário

patente o dano, bem como do nexo de causalidade, evidenciado pela conduta do apelante que abordou o apelado de modo injustificado, constrangendo-o, fato este que gerou danos morais a serem reparados. Comprovados o dano e o nexo de causalidade, evidencia-se o dever de indenizar.

Em responsabilidade civil, já decidiu este Tribunal:

Ementa: Responsabilidade civil - Expressões injuriosas dirigidas pela Ré à Autora - Dano moral - Caracterização - Lesão ao princípio da dignidade humana - Ofensa tanto à honra subjetiva como à honra objetiva da autora, pois consumada na presença de terceiros - Vulneração a direitos da personalidade - Precedente do STJ - Satisfação de R$ 6.780,00 fixada na origem - Redução - Descabimento - Pertinência às peculiaridades do caso concreto - Observância aos critérios compensatório e punitivo da reparação pela lesão extrapatrimonial, com juros moratórios de 1% ao mês do evento danoso (Súmula STJ nº 54) e correção monetária da sentença (Súmula STJ nº 362) - Sentença mantida - Aplicação do art. 252 do RI-TJSP - Recurso improvido. (Apelação Cível nº 0000979-36.2012.8.26.0003, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 11.09.2013).

A reparação do dano extrapatrimonial tem o condão de curar ou amenizar a sensação de dor da vítima proporcionando-lhe uma sensação agradável em compensação.

Contudo, a indenização não pode levar ao enriquecimento ilícito para a parte a ser indenizada, mas deve servir como desestímulo à reiteração da conduta da parte que causou o dano, passando a realizar abordagens de modo a não expor pessoas a constrangimento, no caso, a exposição do apelado com imputação de ato suspeito. E tais premissas estarão atendidas com a reparação em R$ 6.000,00, como arbitrada.

Confirma-se, portanto, integralmente a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição.

As verbas de sucumbência, inclusive as honorárias, foram bem fixadas, devendo ser mantidas.

No mais, a r. sentença apreciou a questão posta nos autos com inegável acerto, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termo do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102487-

25.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VALDIRENE APARECIDA DE MARCHIORI, é apelado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIS DO PROVEDOR DE INTERNET. IMPOSSIBILIDADE, POR NÃO TER O DEVER DE EXERCER O CONTROLE PRÉVIO DOS CONTEÚDOS INSERIDOS, NA PÁGINA DA WEB, POR TERCEIROS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação contra r. sentença de fls. 886/890 que julgou improcedente ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, sob o rito ordinário, proposta por *Valdirene Aparecida de Marchiori* contra *Google Brasil Internet Ltda*., ante a ausência de qualquer ilicitude na conduta da requerida e pela ausência de obrigação legal ou contratual de a ré em impedir a exibição de informações que são inseridas por terceiros na rede, revogando a liminar concedida. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas e das despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Houve a oposição de embargos de declaração pela autora (fls. 902/908), os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 939.

A autora apelou a fls. 950/964, alegando, preliminarmente, que a sentença é *citra petita (não apreciou pedido formulado pela autora)* e *extra petita (apreciou matéria inexistente nos autos)*, devendo por isso ser declarada nula. No mérito, pugnou pela reforma do julgado, aduzindo, em síntese, que: (A) cabe à requerida excluir os resultados informados através de URL's, em especial os de fls. 962; (B) a conduta da ré é ilícita, tendo ela obrigação legal de impedir a

Acesso ao Sumário

exibição de informações que ofendem a recorrente, devendo a ação ser julgada procedente com a apreciação e acolhimento de todos os pedidos elencados na inicial.

O recurso foi devidamente recebido pelo MM. Juízo *a quo* (fls. 968) e respondido (fls. 989/1006), pugnando pela manutenção do julgado. Apelo regularmente processado.

FUNDAMENTAÇÃO:

Inicialmente, observo que a questão central, concernente às obrigações e responsabilidades da ré pela veiculação de matérias ofensivas nas páginas eletrônicas, foi satisfatoriamente enfrentada. Deste modo, não há que se falar em nulidade de sentença.

No mérito, a r. sentença recorrida, lavrada pela digna magistrada Tonia Yuka Kôroku, na sua essência merece ser mantida.

Pretende a apelante a condenação da apelada em indenização por danos morais, porque não retirou do *site* as páginas ofensivas veiculadas no *Youtube, Orkut* e *Blogspot*, por terceiros desconhecidos; bem como não forneceu os dados de cadastro disponíveis e os registros de IPs de origem, com datas e horários GMT de acessos dos responsáveis pela criação do conteúdo e dos comentários constantes nos URL's indicados nos autos.

Realmente, houve liminar judicial no sentido de se proceder a remoção das páginas indicadas nos autos, a qual foi mantida, em mais de uma oportunidade, por acórdãos proferidos por esta E. 10ª Câmara, quando do julgamento dos agravos de instrumentos interpostos. Todavia, ante a improcedência da ação e a revogação da liminar concedida, tal medida não mais subsiste.

Prosseguindo, constato que a recorrida não é responsável pelos alegados danos sofridos em virtude do teor supostamente ofensivo do quanto veiculado por terceiros, porquanto, como provedor de hospedagem, não pode exercer o controle prévio dos conteúdos inseridos no *Youtube, Orkut* e *Blogspot*.

Na verdade, não se aplica, aqui, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (pois a prévia fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, não se podendo reputar defeituoso o *site* que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados), nem a responsabilidade subjetiva (CC, art. 186), que exige culpa do agente, ou a objetiva (CC, art. 927), que se refere ao agente que cria o risco para direitos de outras pessoas.

Também é impossível ser aplicada a teoria do risco, porquanto a atividade não pode ser controlada pelo empreendedor, ante a conduta danosa atribuível apenas ao terceiro.

Ressalte-se, nesse sentido, que o provedor coloca à disposição dos usuários um *site (Youtube, Orkut* ou *Blogspot)*, cujo conteúdo é de única responsabilidade

Acesso ao Sumário

deles, não sendo mesmo possível seu controle, a não ser em casos de ofensa a normas de ordem pública, por atingir toda a sociedade. Exceto em relação a isso, desde que afete indivíduos, toda a responsabilidade é do usuário, pois não existe mecanismo para controlar danos, que, por serem subjetivos, podem ser mais ou menos graves ou relevantes, conforme a pessoa.

De acordo com ensinamentos de Rui Stocco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 901, quando o provedor da *Internet* age *como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros.*

Além disso, há que se considerar que, se o provedor tiver que antecipadamente verificar o conteúdo de todas as mensagens encaminhadas via *web*, será eliminada a possibilidade de transmissão de dados em tempo real, fato esse que é um dos maiores atrativos da *Internet*.

Conforme menciona Carlos Affonso Pereira de Souza, *in* Manual de Direito Eletrônico e Internet - A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na *Internet*, São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 651, embora haja *meios tecnológicos para revisar todas as páginas*, ressalva que tal procedimento causaria *uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço*.

E Paulo Nader, *in* Curso de Direito Civil, Vol. VII, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385, também entende inviável impor essa conduta aos provedores, *pois tornaria extremamente complexa a organização de meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura*.

De mais a mais, é vedada, pelo artigo 5º, XII, da Constituição Federal, a quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, que estaria sendo caracterizada com o prévio controle editorial do conteúdo das mensagens.

Melhor sorte não assiste à apelante em relação a compelir a agravada a fornecer os dados (por meio dos IP's) para a identificação dos responsáveis pela criação do conteúdo e dos comentários constantes nos URL's indicados nos autos, que lhe desagradaram.

Ora, a apelante voluntária e espontaneamente aceitou participar de programa televisivo polêmico (denominado *Mulheres Ricas*). Ante suas peculiaridades e características, era totalmente previsível à apelante que estaria se expondo e provocando reações públicas. Assim, consciente das consequências a que estaria sujeita, mas, mesmo assim, optando por participar do polêmico programa, não pode desejar agora trazer ônus obrigacionais ou indenizatórios à apelada.

Acesso ao Sumário

Termos em que, de rigor a manutenção da improcedência da ação.

Por derradeiro, buscando dar efetividade aos princípios da celeridade, economia e razoável duração do processo, e, na tentativa de evitar uma já costumeira oposição indiscriminada de embargos declaratórios (acarretando, eventualmente, a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC), ficam registradas as seguintes observações: (1) quanto ao prequestionamento, têm-se por expressamente ventilados neste grau de jurisdição todos os dispositivos constitucionais e legais citados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los um a um, nem mencionar cada artigo por sua identificação numeral; e (2) a função do julgador é decidir a lide e apontar direta e objetivamente os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, ao contrário do que sucede com os peritos judiciais, que respondem individualmente aos quesitos ofertados nos autos.

Sobre o tema, conferir na jurisprudência: STF, 1ª Turma, Emb. Decl. no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 739.369/SC, rel. min. Luiz Fux, j. 5/11/2013; STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 724.151/MS, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15/10/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 383.837/RS, rel. min. Humberto Martins, j. 17/10/2013; e STJ, 3ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 354.527/RJ, rel. min. Sidnei Beneti, j. 22/10/2013.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001174-08.2010.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante WALMART BRASIL LTDA, é apelado ROBSON DE JESUS GUERRA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7119)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE E FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZATÓRIA. Responsabilidade civil. Supermercado que equivocadamente acusa cliente de furto. Abordagem da equipe de segurança que fez alusão à cor de pele do autor e lhe causou grande humilhação perante os demais frequentadores do estabelecimento. Provas suficientes para demonstrar a conduta discriminatória e ilícita dos funcionários da ré. Responsabilidade objetiva pela conduta de seus funcionários. Dever de indenizar caracterizado. Reparação que deverá atender à função punitiva e educadora, em virtude da especial gravidade dos fatos narrados. Indenização reduzida de R$30.000,00 para R$20.000,00, a fim de não permitir o enriquecimento imotivado da vítima. Quantia que é suficiente para gerar satisfação patrimonial que compense as lesões sofridas. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de pedido de indenização por danos morais em decorrência de abordagem ofensiva por funcionário de supermercado julgado procedente pela respeitável sentença de fls. 108/109, cujo relatório se adota, para condenar a ré a pagar R$30.000,00 ao autor, acrescidos de juros de mora desde a citação e atualização monetária desde sua fixação.

Inconformada, ***apela a ré*** alegando que o autor não comprovou que foi tratado de forma ofensiva ou discriminatória por seus funcionários, fato corroborado por não ter ele lavrado boletim de ocorrência sobre a situação narrada. Alega que carimbou e verificou as mercadorias adquiridas pelo cliente como procedimento padrão para evitar furtos, no exercício regular de seus direitos. Pede que a indenização seja afastada, quer pela inexistência de conduta ilícita, quer pela comprovação de efetiva lesão moral, ou que subsidiariamente seu valor seja reduzindo, a fim de evitar o enriquecimento ilícito (fls. 121/131).

Houve resposta (fls. 137/144).

É como relato.

O recurso é de ser provido em parte.

De início, não se acolhe a preliminar arguida pelo autor em suas contrarrazões de apelação.

Não é possível negar seguimento ao recurso da ré, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, uma vez que, diferente do alegado pelo autor, não se encaixa em qualquer das hipóteses nele previstas.

Acesso ao Sumário

As razões de apelação impugnaram diretamente o fundamento adotado na sentença, e visam promover a nova avaliação das questões de fato e de direito arguidas nos autos, o que lhe é assegurado pelo princípio do duplo grau de jurisdição.

Não se pode dizer que o recurso é manifestamente improcedente por atribuir valoração diversa à prova produzida nos autos, bem como apresentar nova versão dos fatos narrados na petição inicial. A apelação atende aos requisitos impostos pelo artigo 514 do Código de Processo Civil para sua admissibilidade, e deverá, portanto, ser regularmente conhecida.

Narra o autor que havia se dirigido a estabelecimento que integra a rede de supermercados da ré, com o objetivo de adquirir algumas caixas de leite que estavam em promoção. Após passar pelo caixa e pagar pela mercadoria, quando se encaminhava à saída da loja, foi abordado por dois de seus funcionários, que o acusaram de furtar o produto, chamando-o de "negro" e "ladrão" (fls. 03).

Após conferirem a nota fiscal que lhes apresentou, carimbaram e vistaram o verso, e pediram desculpas, afirmando que o confundiram com outro "negrinho ladrão". Várias pessoas foram atraídas para o local pelo tumulto causado, e o autor ficou profundamente abalado com o que aconteceu. Propôs, então, a presente ação, com o objetivo de ser indenizado pelas lesões causadas à sua imagem pública.

A ré, em contestação, afirmou que suas funcionárias somente interpelaram o autor para conferir a quantidade de mercadorias que ele havia comprado, pois tinha um limite para a sua aquisição por cada consumidor em virtude da promoção realizada. O carimbo no verso da nota fiscal era somente para atestar que aqueles produtos já haviam sido verificados, e não houve a prática de qualquer conduta ilícita em face do cliente.

De fato, a injúria racial e a prática de racismo são condutas aptas a gerar ofensa à honra, superior ao mero dissabor cotidiano, guardando, inclusive, relevância penal. Nesse contexto, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, adotou a nítida postura de afastar esse condenável comportamento, trazendo como um dos objetivos fundamentais da República a eliminação de qualquer tipo de preconceito por origem ou cor da pele.

Em 1989 foi editada a Lei nº 7.716 que define os chamados crimes de preconceito. Ainda, a publicação da recente Lei nº 12.288/10, intitulada de Estatuto da Igualdade Racial, envolve o tema, garantindo direitos à população afrodescendente de forma a atingir a igualdade de oportunidades.

Assim, não resta dúvida que os atos que discriminem negativamente pessoas em razão de sua cor, ascendência ou etnia, constituem ilícito cível e penal, devendo os ofensores nesses casos ser punidos com o rigor da lei.

O autor comprovou, por meio das diversas testemunhas ouvidas em juízo,

Acesso ao Sumário

que foi abordado pelos funcionários da ré de forma injuriosa e ofensiva, com a imputação pública da prática de crime, com referências diretas à sua cor de pele.

Leonardo José Teixeira do Paraíso, que frequentava o bar em que o autor trabalhava e se dirigiu ao local dos fatos em virtude do burburinho que havia se formado, sustentou que uma das seguranças que abordou o autor *chamava ele de preto que esta roubando. Isso que ele estava roubando, né* (fls. 99).

Afonso de Souza Pimentel, que estava no estacionamento no momento dos fatos e presenciou o ocorrido, afirmou: *Vi uma pessoa vindo até ele que estava saindo de dentro da loja para falar com ele. Esta senhora estava correndo e chamando ele de ladrão. (...) Quando eu voltei ele estava tirando o papel do bolso e mostrando para a moça. E ele ainda ficou nervoso e começou a tremer, quase chorando. E quando fui do lado dele e da loja já vinha outra moça falando que era ele. "Era o Neguinho"* (fls. 115).

Ressalte-se, ainda, que na hipótese dos autos, diante da verossimilhança das alegações do autor, corroborada pelo depoimento das testemunhas que arrolou, cabe a inversão do ônus da prova em seu favor, nos termos do artigo 6º, inciso VII, do diploma consumerista, pois é parte hipossuficiente da relação jurídica.

De fato, seria muito mais fácil à ré comprovar que suas funcionárias interpelaram o autor somente para conferir as mercadorias que comprou, de forma respeitosa e não abusiva, uma vez que poderia ter solicitado o depoimento de vários outros clientes que frequentam habitualmente seu estabelecimento, e se encontravam lá no dia do ocorrido, bem como de seus próprios empregados.

Poderia, ainda, ter juntado gravações de seu sistema de segurança, já que mercados de grande porte são habitualmente munidos de câmeras em suas vias de acesso. Não fez, contudo, qualquer esforço neste sentido, limitando-se a apresentar outra versão acerca dos fatos narrados e colocar em cheque a veracidade da prova produzida pelo autor.

No que diz respeito à efetiva ocorrência de danos morais, as testemunhas foram unânimes em afirmar que houve grande tumulto em virtude das acusações feitas ao autor, e que este se tornou motivo de chacota entre seus conhecidos e em seu local de trabalho após o episódio.

Evidentemente que ser acusado, na presença de várias pessoas, da prática de um crime, e ainda ser inferiorizado em virtude de ser afrodescendente é situação capaz de causar profunda humilhação, sofrimento psicológico e, por que não dizer, sentimento de revolta. A situação tratada nos autos se reveste de grande relevância, e é capaz de gerar considerável lesão imaterial.

Em hipóteses semelhantes, já decidiu este Egrégio Tribunal:

DANO MORAL - Responsabilidade civil - Autor abordado publicamente em supermercado por suspeita de subtração de produto - Funcionário

Acesso ao Sumário

intitulando-se policial militar acusando-o de ter roubado mercadorias e colocado sob a jaqueta - Exigência do comprovante de pagamento que, mesmo tendo-o apresentado, lançou comentário de menosprezo em clara referência à cor da pele do acusado - Falha no serviço caracterizada - Artigos 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor e 927, § único, do Código Civil - Responsabilização objetiva da ré - Indenização devida - Incidência de correção monetária contados da data do evento danoso - Sentença mantida, com observação - Recurso improvido. **(Apelação nº 9112596-27.2007.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Luiz Ambra, j. 17/08/2011).**

Responsabilidade Civil - Danos Morais - Estabelecimento Comercial que aborda criança acusando-a de furto de bolacha e diz que crianças "como ela", referindo-se à sua cor negra, agem dessa forma. Acusação indevida de furto - Moral abalada - Compensação que objetiva minimizar os efeitos da lesão arbitrada de maneira razoável e proporcional - Há de se observar a intensidade do sofrimento do ofendido, sua posição social, a natureza e repercussão da ofensa, o grau do dolo ou de culpa da parte responsável - valor fixado em sentença no importe de R$ 5.000,00. Razoável. Apelo adesivo do autor para majoração da indenização. Apelo do réu para afastamento ou redução da indenização. Sentença de parcial procedência - Recursos improvidos **(Apelação n° 994.09.038859-9, 5a Câmara de Direito Privado, rel. James Siano, j. 01/12/2010)**.

Suficientemente demonstrada está, portanto, a conduta ilícita dos funcionários da ré e a falha na prestação dos serviços disponibilizados ao público, referida pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como as lesões morais que o autor sofreu, e a relação de causalidade entre os atos praticados e o resultado observado. Da identificação destes elementos fica clara a responsabilidade civil objetiva da ré, e seu dever de indenizar.

A razoabilidade na fixação do valor da reparação implica a análise do nível econômico do ofendido e do porte econômico do ofensor, sem que se deixe de observar as circunstâncias do fato lesivo.

Isso porque a condenação por dano moral deve ser expressiva o suficiente para compensar o sofrimento, o transtorno, o abalo, o vexame causado à vítima, bem como para penalizar o causador do dano, observando a sua responsabilidade pelo fato, o grau de sua culpa e sua capacidade econômica.

Assim, não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

No caso concreto, o autor sofreu humilhação pública, e foi alvo da atenção

Acesso ao Sumário

de diversos outros clientes que se encontravam no mercado no momento dos fatos. Como trabalhava nas redondezas, tornou-se motivo de escárnio e teve que conviver com humilhação pública em virtude do crime de que foi acusado sem qualquer fundamento.

A conduta dos empregados da ré, ademais, foi extremante grave, pois humilharam o autor por ser negro, fazendo referência depreciativa à sua cor de pele, ao se referir a ele como "negrinho", e deixando claro seu menosprezo por afrodescendentes ao associar este adjetivo à palavra "ladrão". Este tipo de comportamento não pode ser admitido em qualquer setor da sociedade, e especialmente nas dependências de uma empresa que possui ampla rede de supermercados.

A ré deverá ser repreendida, a fim de que ofereça treinamento mais eficiente a seus funcionários, para impedir que situações tão condenáveis como esta se repitam. Aqui, a função educativa dos danos morais tem relevante aplicação, pois o arbitramento de indenização expressiva servirá como eficiente contra incentivo à reiteração de condutas ilícitas deste tipo pela empresa.

No entanto, mesmo atendendo aos mencionados critérios, o valor da reparação determinada pelo magistrado de primeiro grau deverá ser reduzido.

Isso porque a indenização não pode representar acréscimo patrimonial tal que se traduza num verdadeiro prêmio para a vítima, de maneira que a situação de ser ofendido ou tratado com desrespeito por terceiros se traduza em verdadeiro "lance de sorte" em sua vida, tornando-se até mesmo desejável. Deve proporcionar compensação financeira suficiente somente para atenuar e compensar a dor sentida, na exata medida da lesão extrapatrimonial causada, sem excedê-la ou permitir um enriquecimento imotivado.

Sopesando, portanto, os elementos mencionados, o valor da indenização fixada pelo magistrado de primeiro grau deverá ser reduzido para R$20.000,00, acrescido de juros e correção monetária na forma determinada pela respeitável sentença, quantia que se mostra mais razoável, e é suficiente para repreender a ré, ao mesmo tempo em que compensa a vítima pelo prejuízo experimentado.

Por tais fundamentos, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0154275-49.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IVONE VERONESI BRANCO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10305)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MELO COLOMBI E THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL - GRUPO CONSORCIADO - SEGURO PRESTAMISTA - FALECIMENTO DO ADERENTE - NEGATIVA DE PAGAMENTO DA COBERTURA - PROVA PERICIAL REALIZADA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - RECURSO - AGRAVO RETIDO DA SEGURADORA, NÃO REITERADO, NÃO CONHECIDO - CAUSAS E CONCAUSAS DO ÓBITO - OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA DE PROCEDER A REALIZAÇÃO DE EXAME COMPROBATÓRIO DE DOENÇA PREEXISTENTE - RELAÇÃO DE CONSUMO - BOA-FÉ OBJETIVA RECÍPROCA - SEGURADORA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DO CONSÓRCIO - CLÁUSULA IMPOSITIVA DO SEGURO - CONDIÇÕES VÁLIDAS E EFICAZES, ENQUANTO PAGO O VALOR DA OBRIGAÇÃO JUNTO AO CONSÓRCIO - LAUDO PERICIAL NÃO VINCULANTE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 547/551, julgando improcedente a demanda, de relatório adotado, recorre a autora e manifesta interesse de integral reforma, na medida em que tinha cobertura para hipótese do falecimento, sendo que a própria seguradora não pode nem deve alegar doença preexistente, risco profissional contratual, contrato de adesão que permeia o consórcio, cujos antecedentes clínicos, por si só, não autorizam destaque do nexo

causal para excludente de responsabilidade, desafia provimento (fls. 556/578).

Recurso tempestivo, isento de preparo.

Recebido no duplo efeito (fls. 579).

Contrarrazões (fls. 582/609).

Remessa (fls. 611).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

O agravo retido interposto pela empresa seguradora, porém não renovado, faltante reiteração, desmerece conhecimento (fls. 479/485).

Com efeito, de concreto restou incontroverso que o interessado, em agosto de 2006, entabulou contrato de adesão, grupo consorciado, objetivando a compra de bem imóvel.

Coevo com o instrumento, consubstanciado no escrito particular, descortinou-se seguro de vida, cláusulas pré-escritas, recusando-se a seguradora à cobertura do óbito do aderente, ao fundamento da existência de doença preexistente, sem qualquer anotação ou observação, ao tempo do preenchimento da ficha pelo segurado, consoante art. 766 do Código Civil.

Cumpre observar que a prova pericial não é vinculante, estando o julgador livre para suas conclusões baseadas no contexto probatório e na delimitação do objeto litigioso, no alcance da verdade formal.

Bem nessa visão, portanto, cabia à seguradora, antes de mais nada, submeter o segurado, para configurar a boa-fé objetiva, ao prévio exame de saúde, admissibilidade essa que refutaria qualquer possibilidade de contratação nebulosa.

A invocada doença pré-existente tinha enraizamento na diabete e aspecto de nefropatia, qual seja, insuficiência renal, conquanto se possa cogitar de miocardiopatia isquêmica, correto se torna ponderar que os problemas mais graves ligados ao coração sobrevieram à assinatura da apólice, deflagrando-se apenas, com maior intensidade no ano de 2007.

Chama a atenção o fato extremamente importante da área de especialização do perito nomeado, qual seja neurologia e neurocirurgia, portanto, ainda que reúna predicados para o desempenho da tarefa, não revela expertise propriamente dita na área preferencial cardíaca.

O próprio vistor judicial, ao elaborar seu laudo, afirma que o segurado foi internado em 2007 no INCOR, tinha diabete, sofria de hipertensão, submetendo-se à revascularização do miocárdio (fls. 510/511).

Efetivamente, se a seguradora apenas se preocupou em vender mais uma cota de consórcio, sendo integrante do mesmo grupo econômico, não pode agora verberar doença preexistente ou excludente de responsabilidade para não

Acesso ao Sumário

honrar a cobertura.

É necessário suscitar que o atestado de óbito, verdadeiro repertório de doenças, traz várias delas, dentre as quais, parada cardiorrespiratória, insuficiência cardíaca, insuficiência renal crônica, enfarto prévio e diabete (fls. 511).

Nada obstante, boa parte da população sofre de hipertensão e mantém-se controlada mediante medicamentos, assim, estando caracterizada relação de consumo, a seguradora deveria agir com absoluta transparência, discernimento e plena informação em relação ao contrato de adesão de seguro.

Nota-se que o contrato principal estava se desenvolvendo sem qualquer intercorrência, enquanto o consorciado efetuava o pagamento.

Bastou a comunicação do óbito para que a empresa de seguros fizesse a recusa e se levantasse em torno do preenchimento indevido da apólice, objetivando, com isso, excluir a sua responsabilidade.

Na análise feita no apelo 011729.13.2009.8.26.0003, o Relator Des. Marcos Ramos, naquela oportunidade, destacou que a alegação de doença preexistente deve ser fundada e hospedada na má-fé contratual, já que a hipertensão arterial sistêmica é uma doença que não impossibilita o normal convívio e a plena atividade de vida diária.

Ficou ressaltado, com bastante ênfase, no mencionado julgado, a ausência de exame médico prévio à contratação, o que afasta, por si só, a alegada má-fé contratual.

E nos pressupostos interpretativos dos artigos 765 e 766, do Código Civil em vigor, não se pode, de forma alguma, excluir a beneficiária, expressamente constante da apólice, do recebimento do valor contratado pelo falecido marido.

Não se desconhece em relação ao contrato de seguro, ambos, segurado e seguradora, estão obrigados a mais estreita boa-fé e veracidade, no entanto, a obrigação da seguradora se alimenta pela omissão na diligência de prévio exame médico.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, relator Des. Andrade Neto, no apelo 9220000.74.2006.8.26.0000, datado de junho de 2011, salientando que a alegação de doenças preexistentes, diabete e hipertensão arterial não comprova má-fé do assegurado.

Não evidenciada deliberada intenção de ocultar informação, reputada essencial ou imprescindível, tanto assim que a seguradora anuiu à contratação, passados quase três anos do contrato em vigor, quando da morte do segurado, existiria o *venire contra factum proprium*, óbice que coloca a seguradora em posição de sujeição aos termos contratuais.

Revelada essa faceta, e desenvolvida toda a sua singularidade, o perito

judicial, sem qualquer crítica, tentou priorizar campo emblemático de doença preexistente, no entanto, os aspectos nodais somente advieram em 2007, quando da internação no INCOR.

E veja, nesse sentido, que a seguradora teria, em razão da idade e dos próprios antecedentes declinados, de monitorar o segurado e exigir, ao menos, declaração médica atualizada.

Contudo preferiu, por conta e risco, aceitar as condições descritas, sem qualquer ressalva ou posição refratária, de tal forma que a própria essência do seguro prestamista desencadeia os infortúnios que são acometidos, mas não operam fortuito ou força maior.

Não se acolhe a alegação da seguradora sobre o conteúdo da declaração do segurado, haja vista que, pelo profissionalismo e grau de risco, e o porte da empresa, o mínimo que deveria fazer era elaborar laudo para minimizar dúvidas ou eliminar incertezas.

No atual estágio evolutivo da ciência médica, muitas vezes os pacientes que mantém constante tratamento e medicação sofrem menor risco do óbito do que aqueles que não o fazem e são vítimas de infartos fatais, também levando em conta a vida em cidade grande, as adversidades e o stress que atinge número de pessoas indeterminado.

Não parece crível que a empresa seguradora fustigue toda a estrutura do contrato de seguro na boa-fé contratual, pois, se não pediu nenhum exame médico, e prontamente aceitou contratar, em agosto de 2006, ocorrendo o óbito em 2009, agiu com manifesto descaso e total negligência na sua obrigação de zelar pelo conteúdo da eficácia e validade das cláusulas de adesão e no princípio da reciprocidade da boa-fé entre ambos.

E acontecendo o óbito do segurado, evidenciada a recusa injustificada da seguradora, a teor do documento de fls. 36, daí nasce o direito da beneficiária de pleitear o valor cobrado, isso porque a existência do seguro prestamista tinha como pressuposto debelar o risco do desaparecimento do contratante e amortizar débitos por ventura existentes, a fim de que o bem imóvel não ficasse comprometido na questão de pagamento.

Bem ágil e motivada se mostrou a seguradora em amealhar subsídios e documentos para comprovar doenças preexistentes, mas essa função, típica de sua atividade, deveria estar atrelada à data da contratação do seguro, e não posteriormente.

Noutro giro, todo aquele que realiza contrato de seguro de vida tem por objetivo deixar alguma esperança e menor problema financeiro a seus familiares.

No caso concreto, o contrato principal tipificava-se na modalidade de consórcio, sendo que a cobertura veio como uma espécie de venda casada entre as empresa integrantes do mesmo grupo econômico, ou seja, não foi opcionado

Acesso ao Sumário

ao segurado qualquer outra empresa de seguro para aferição de cláusulas preexistentes ou livre estipulação.

Bem se percebe que a própria estipulante fora a administradora do consórcio, favorecendo a seguradora, ambas, repita-se uma vez mais, integrantes do mesmo grupo financeiro, pela conotação econômica.

E aqui não surpreende mais desenterrar dados clínicos inéditos do aderente, quando o pressuposto seria concomitante à data do contrato, estando em vigor a apólice e aceita pela seguradora, reverter sua manifestação de vontade, peculiarizada pelo caráter unilateral, significaria embolsar o prêmio, sem qualquer responsabilidade diante do risco profissional assumido.

Catalogadas essas circunstâncias, trata-se de expediente comum e comportamento usual das seguradoras desvencilharem-se do pagamento, ao contrário do modelo contratual americano e europeu, quando os riscos são agregados à apólice e ao valor precificado de pagamento.

Não se pode concluir, portanto, de acordo com Carvalho Santos, e na lição sempre atual de Clóvis Beviláqua, que o silêncio do segurado seja informação falsa ou se transforme no silêncio eloquente, bem clássico à doutrina alemã, ele simplesmente se limitou ao preenchimento básico da apólice e qualquer dúvida ou desconfiança caberia à seguradora exigir exame de saúde a seu cargo.

Não comprovando fato impeditivo, modificativo ou extintivo, mas sim plenamente cognoscível ao tempo da assinatura do contrato, afasta-se a má-fé contratual e se reconhece a responsabilidade da seguradora, em razão da indenização, a qual será atualizada, computando-se juros de mora, ambos desde a negativa administrativa.

Em resumo, fortes nesses fundamentos e nas demais tipologias aglutinadas à matéria, de rigor a responsabilização da seguradora pela cobertura do seguro prestamista, não havendo, por tal ângulo, qualquer excludente de responsabilidade.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, julgo procedente a ação, condeno Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais a pagar à autora o valor da cobertura, devidamente atualizado, incluindo juros de mora de 1% a.m., ambos da negativa administrativa, configurada recusa, datada de 03/07/2009 (fls. 36).

Responderá a vencida pelas custas e despesas processuais, inclusive de perito, verba honorária fixada em 15% sobre o valor condenatório corrigido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012061-67.2008.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S/A, é apelado GIUSEPE DI BIANCO.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. M.V.,VENCIDO O REVISOR QUE DECLARARÁ VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 6321)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), CAMPOS PETRONI E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2014.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - Telefonia fixa - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Interrupção do serviço fundada em dívida quitada - Responsabilidade da empresa pela falha na prestação do serviço caracterizada - Quantum fixado em primeiro grau - Razoabilidade - Valor indenizatório que obedeceu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Valor mantido - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória promovida por GIUSEPE DI BIANCO em face de TELEFONICA/TELESP - TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO, julgada procedente para condenar a ré a pagar ao autor a importância de R$ 10.000,00 a título de reparação por danos morais, corrigida monetariamente a partir da sentença, acrescida de juros de mora contados a partir da citação. Pela sucumbência, foi condenada a ré, ainda, no pagamento das despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela a ré pleiteando, em resumo, seja afastada a condenação imposta visto que no seu entender o autor sofreu meros aborrecimentos não se vislumbrando qualquer prática de ato ilícito. Alternativamente requer a redução do valor da indenização (fls. 148/154).

Acesso ao Sumário

Houve contrarrazões às fls. 159/166.

É o relatório.

O recurso não pode ser acolhido.

Em que pesem as ponderações contidas no recurso interposto, correta a sentença ao julgar procedente a demanda.

Observa-se dos autos que a presente relação jurídica é de consumo e, portanto, deve ser analisada a luz do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 14 do referido diploma legal (Lei nº 8.078/90), prevê expressamente a responsabilização objetiva do prestador pela reparação dos danos gerados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação de serviços.

Com efeito, são defeituosos, nos termos do parágrafo 1º do aludido artigo, os serviços que não forneçam padrões adequados de segurança no modo como são prestados, levando-se em consideração os riscos que razoavelmente deles pode-se esperar.

Diante dos elementos dos autos, é forçoso reconhecer pela responsabilidade da concessionária de serviços públicos pelos infortúnios causados ao autor.

A desídia da ré foi clara, inoportuna e causadora de transtorno acima do razoável para o que de ordinário ocorre, legitimando a cobrança de indenização, pois esteve o requerente privado do uso da linha telefônica do qual não existiam débitos em aberto, impedindo o acesso à comunicação, especialmente no caso do autor, o qual, segundo relatado na inicial, é vendedor autônomo e necessita do contato telefônico com seus fornecedores e clientes.

De fato, ao realizar cortes no fornecimento do serviço com base em débitos que deveria saber quitado, revela-se manifestamente defeituoso o serviço prestado pela ré, devendo esta responder pelos danos causados.

Deve-se notar que o dano moral surge com a dor intensa, angustiante, que não se confunde com aborrecimentos que fazem parte do cotidiano da vida em sociedade.

Ou seja, o reconhecimento de tal dano pressupõe um considerável abalo que tem o condão de afetar profundamente o individuo, e causar em seu íntimo uma ruptura de seu equilíbrio emocional, interferindo no seu bem estar.

Portanto, na hipótese em comento, não há como afastar a resultante de que incorreu a ré em ato ilícito passível de ser reparado pelo dano moral, em decorrência da privação do uso do telefone além do apontamento indevido do nome do autor junto aos órgãos de proteção de crédito, conforme documento de fls. 77.

Na fixação do dano moral urge observar sempre o dimensionamento dos prejuízos suportados, o abalo de crédito sofrido e sua repercussão social, a capacidade econômica das partes, a conduta do agente e o grau de culpa com

Acesso ao Sumário

que agiu, além do comportamento da vítima.

Ainda, no arbitramento do quantum indenizatório, deve-se analisar os critérios sancionador da conduta do agente e compensatório ao sofrimento da vítima, informados também pelos principias da razoabilidade e da proporcionalidade, com o fim de evitar o enriquecimento indevido por parte do requerente, bem como de aplicação excessiva da sanção ao agente.

Assim, mantém-se a reparação pelo dano moral na importância de R$ 10.000,00, na forma como determinou a sentença, por ser razoável e adequada às condições econômicas das partes, o grau de culpa da agente causadora do dano, e a repercussão social da ofensa.

Em face do exposto, ao recurso é negado provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 22.531)

Ementa: Prestação de serviços. Telefonia. Indenização por danos morais. "Negativação" indevida, de R$ 125,22. Apelo só da Concessionária ré. Parcial provimento, para reduzir a indenização a R$ 4.000,00.

Ação ajuizada por consumidor contra Concessionária, mencionando "negativação" indevida, pleiteando danos morais. R. sentença de procedência, apelando apenas a empresa. Valor da causa R$ 42.000,00.

É o relatório, em complementação ao de fls. 139/141, adotando-se no mais o do voto nº 6.321, do Exmo. Relator sorteado.

A Concessionária não conseguiu provar que a inclusão do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes tenha sido correta. A contestação é um tanto genérica, e muito alegou, mas pouco ou nada provou.

Portanto, inevitável o pagamento pela lesão anímica, mas, não concordo com os danos morais de **R$ 10.000,00**, fl. 143, cabendo redução para **R$ 4.000,00**, importância próxima a essa que vem adotada em muitos casos nesta Câmara, inclusive mais graves.

Dou parcial provimento ao apelo da Concessionária ré.

CAMPOS PETRONI, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001788-61.2013.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante LUZIA APARECIDA ROCHA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ANTONIO RUFINO LEITE.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES E FERNANDES LOBO.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Reintegração de posse. Imóvel ocupado pela neta e ex-companheira do filho do autor. Procedência decretada em primeiro grau. A posse da ré é precária e não pode ser tutelada. Decisão mantida, à luz do conjunto probatório. Benfeitoria que não é indenizável. Recurso desprovido.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 58/59, que julgou procedente demanda de reintegração de posse de imóvel urbano.

Alega a apelante que a decisão deve ser anulada, pois não preenche os requisitos do art. 282 do C.P.C.. Argumenta que tem direito a permanecer no imóvel até a partilha dos bens, conforme ficou decidido na sentença proferida na desconstituição da união estável com o filho do autor. Pede a reforma ou a anulação.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A inicial nada tem de inepta. A alegação da recorrente é de que o imóvel pertence ao autor e a sua esposa e os dois devem constar do polo ativo não merece prosperar. Trata-se de bem indiviso e qualquer dos possuidores pode ajuizar demanda possessória. A carência não está configurada, visto que a legitimidade do autor deve ser examinada em estado de asserção, em cognição não exauriente

Acesso ao Sumário

da controvérsia. E, em estado de asserção, o autor é parte manifestamente legítima à propositura e tem interesse processual, visto que a tutela jurisdicional é adequada e útil às finalidades perseguidas com a propositura da demanda.

No mérito, bem decretada a procedência do pedido. O comodato restou suficientemente demonstrado e, em tais circunstâncias, a recusa à devolução constitui esbulho.

Relembre-se, além do mais que comodato, em rigor, é empréstimo para uso, em que prevalece o intuitu personae (cf. Arnaldo Rizzardo, "Contratos", Ed. Forense, 5ª ed., 2005, p. 585) e que, por se tratar de contrato gratuito, deve ser interpretado restritivamente (art. 114 do novo Código Civil e 1.090 do anterior). Isso significa que cabe ao comodatário fazer a prova de que ocupa o bem a título diverso (ob. cit., p. 587). E a apelante não se desincumbiu a contento desse encargo probatório. Forçoso concluir que a sentença não comporta reparos.

A apelante alega que foi reconhecida a união estável com o filho do autor e que ficou decidido, por sentença, que poderia aguardar no imóvel até a partilha dos bens. Mas o que é certo que a apelante não dispõe de justo título para ocupar a área que incontroversamente é do apelado. É evidente a plena ciência da ré a respeito da precariedade de sua ocupação. Além disso, o que quer que haja sido decidido na outra demanda é irrelevante na espécie, pela simples e boa razão de que os efeitos da decisão judicial lá proferida não podem atingir a esfera jurídica do autor, que não foi parte naquela demanda (art. 472 do Código de Processo Civil).

Em consequência, a apelante não pode exercer direito de retenção pela alegada construção no terreno, justamente por ser o título judicial da apelante inoponível ao autor. É certo que ao possuidor de má-fé também é assegurado o direito de ser indenizado por benfeitorias necessárias, o qual é extensivo às acessões (cf. art. 1.220 do Código Civil e JTACivSP, Ed. RT, Vol. 113/343, Rel. Juiz Sílvio Marques; JTACivSP, Ed. RT, 118/240, Rel. Juiz Toledo Silva, com remissão ao ensinamento de Carvalho Santos). Mas tal direito de indenização não se confunde com o de retenção e deverá ser exercido, se o caso, nas vias adequadas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030530-95.2011.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CESAR TEODORO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado GRUPO EDUCACIONAL SÃO SABAS LTDA EPP.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16722)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2014.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM MÓVEL (VEÍCULO). Embargante não logrou êxito na comprovação do suposto contrato de compra e venda verbal celebrado com o devedor - Inteligência do art. 333, I, do CPC - Registro do veículo junto ao DETRAN em nome do Embargante que constitui mero procedimento administrativo (presunção relativa da propriedade) - A ausência de qualquer título ou documento que comprove a existência do negócio jurídico em questão inviabiliza o reconhecimento da aquisição da propriedade pelo Embargante - Transferência da propriedade de bem móvel que ocorre apenas com a tradição (art. 1.267 do CC) - Veículo encontrado na posse do devedor - Indícios de fraude à execução - Má-fé do adquirente não comprovada - Súmula nº 375 do C. STJ - Mantida a r. sentença. RECURSO DO EMBARGANTE NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiro, com pedido de antecipação de tutela, opostos por CESAR TEODORO DA SILVA contra GRUPO EDUCACIONAL SÃO SABAS LTDA. EPP., julgados improcedentes pela r. sentença *a quo* (fls. 72/76), cujo relatório adoto, sob a fundamentação de que o Embargante não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC). Em razão da sucumbência, o Embargante foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, os quais foram arbitrados em 15% sobre o valor da execução, observando-se ser o mesmo beneficiário da Justiça Gratuita.

Inconformado, o Embargante interpôs o presente recurso de apelação (fls. 87/96), desafiando as respectivas contrarrazões do Embargado (fls. 98/100).

Acesso ao Sumário

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro opostos, sob a fundamentação de que o Embargante não logrou êxito na comprovação dos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC), haja vista que a aquisição da propriedade do bem móvel objeto de constrição judicial não restou demonstrada.

As questões do recurso resumem-se: na análise da suposta condição de terceiro adquirente de boa-fé do Embargante, devendo-se analisar, para tanto, se houve, ou não, fraude à execução na espécie; *em contrarrazões*, na ocorrência, ou não, de litigância de má-fé por parte do Embargante.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o Embargante, em data incerta localizada entre 2010 e 2011, supostamente celebrou contrato de compra e venda verbal com James Talarico - *o qual figura como Executado nos autos da ação de execução movida pelo ora Embargado* -, tendo por objeto o veículo FIAT/Tipo, ano 1995, placa CBI 4587, o qual teria sido quitado mediante duas prestações no valor de R$ 2.500,00 cada.

Realizado o negócio jurídico em questão, aparentemente em meados de 2010 - *não sendo possível especificar a data exata até mesmo pela contradição entre o exposto na exordial e o afirmado em sede de audiência de instrução e julgamento* -, somente em MAR. 2011 houve o efetivo registro da suposta transferência de propriedade junto ao DETRAN (fl. 13).

Referido Certificado de Registro de Veículo (fl. 13), aliás, é o único indício de prova da existência do negócio jurídico em comento, uma vez que o Embargante afirma que o contrato de compra e venda foi celebrado de forma verbal, não tendo apresentado, ademais, qualquer recibo que dê conta da realização do pagamento.

Todavia, a prova testemunhal produzida em Juízo, com a oitiva de testemunhas arroladas por ambas as partes, trouxe à tona questão importante ao deslinde da causa. Isso porque, verificou-se que o veículo em questão, objeto da constrição judicial ora impugnada, embora supostamente alienado ao Embargante, permanecia na posse do alienante, o qual, inclusive, dele fazia uso regular.

Confira-se, por oportuno, trecho do depoimento da testemunha Zanira de Oliveira Silva, oficiala de justiça que efetuou a penhora do bem (fl. 78):

"Na ocasião me recordo que o bem foi encontrado na residência do devedor James. Na ocasião da penhora me recordo que foi o devedor James que apareceu e inclusive foi ele que dirigiu o automóvel e estacionou na garagem da residência dele."

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Mauricio Rosa da Silva

Acesso ao Sumário

(fl. 77):

"Não sei onde o embargante mora. O carro fica estacionado no condomínio do executado. Tanto o embargante como o executado usam o carro."

Assim, conforme asseverado pelo magistrado *a quo*, é certo que o Embargante não logrou êxito na comprovação dos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC), tornando imperativa, com isso, a improcedência dos embargos.

Isso porque, o mero registro do veículo em nome do Embargante junto ao DETRAN (-que configura presunção *relativa* da aquisição da propriedade-), desacompanhado de qualquer outro título ou documento que comprove a celebração do negócio jurídico supostamente entabulado entre as partes, por si só, não demonstra a aquisição da propriedade pelo adquirente.

Conforme dispõe o art. 1.267 do Código Civil, *in verbis*: *"Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição."*

Destarte, diferentemente do que ocorre com os bens imóveis, a aquisição da propriedade de veículo (-bem móvel-) não ocorre com o registro junto ao competente órgão, mas sim com a efetiva entrega da coisa.

Sobre o tema, os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1]:

"Na passagem da propriedade móvel exige-se um sinal ostensivo e visível a todos os membros da coletividade acerca da efetiva consolidação da propriedade em um novo titular. Por isto o acerto do legislador ao precisar que a transferência da coisa móvel não resultará da mera concretização do negócio jurídico (art. 1.267, caput, do CC)."

De mais a mais, é certo que o procedimento de transferência do registro junto ao DETRAN é meramente administrativo e, por si só, não transfere a propriedade do bem móvel.

Não obstante, destaca-se, a fragilidade de referido procedimento está evidenciada no fato de que o mero preenchimento do CRV pelo antigo proprietário basta para a transferência do registro junto aquele órgão, o que, por óbvio, não comprova a existência de compra e venda por trás da cessão, que poderia ocorrer, por exemplo, a título de doação.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

"Embargos de terceiro - Penhora de bem móvel - **Posse do veículo exercida pelo devedor**, filho da embargante - **Presunção de propriedade** - Ausência de prova pela embargante de ser a legítima proprietária e possuidora do bem, sequer esclarecendo como o teria adquirido - Ônus que lhe pertencia **- Registro no DETRAN que possui apenas natureza administrativa** -

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Editora JusPodivm, 2013, 9ª ed. rev., ampl. e atual. v. 5.

Acesso ao Sumário

Embargos de terceiro que devem ser julgados improcedentes, invertendo-se o ônus da sucumbência - Recurso do embargado provido para tanto, restando prejudicado o recurso adesivo que foi interposto pela embargante." (Apelação Cível nº 0004668-60.2011.8.26.0347, Rel. Des. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. em 11.DEZ.2013) (destacado).

Ora, o veículo supostamente alienado ao Embargante, quando de sua penhora, foi encontrado pela oficiala de justiça, a qual é dotada de fé pública, na posse do devedor, o qual inclusive dele fazia uso normalmente, o que evidencia ser ele o efetivo proprietário do bem, tornando, por consequência, legítima a constrição judicial em questão.

Conforme é cediço, segundo a teoria objetiva da posse adotada pelo direito civil pátrio, presume-se que o possuidor seja também o proprietário da coisa. Na hipótese dos autos, essa presunção é corroborada pelo fato de o veículo, supostamente alienado, permanecer na posse do alienante, que dele faz uso regular, sendo que, ao que consta, jamais esteve na posse do Embargante.

Além da ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito do Embargante (art. 333, I, do CPC), a qual já seria suficiente para embasar a improcedência dos presentes embargos, verificam-se, ainda, indícios de fraude na transferência da propriedade pelo devedor.

Em primeiro lugar, o fato da suposta alienação (-a qual não restou comprovada-) ter ocorrido no curso de ação de execução preexistente evidencia a intenção do devedor de esvaziar o seu patrimônio, justamente com o intuito de fraudar credores.

Não obstante, ao prestar testemunho em Juízo, o devedor, James Talarico, asseverou que ele e o Embargante são "*amigos desde infância*" (fl. 80).

Desse modo, não parece crível que o Embargante, amigo íntimo do devedor, desconhecia a existência de ação em curso contra o alienante.

O apelo do Embargante, portanto, não comporta provimento, devendo a r. sentença hostilizada ser mantida tal como lançada.

Por fim, resta analisar o pedido formulado pelo Embargado em sede de contrarrazões, postulando pela condenação do Embargante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Com efeito, a Súmula nº 375 do C. Superior Tribunal de Justiça[2] estabelece como requisito para a configuração da fraude à execução a comprovação da má-fé do adquirente.

In casu, apesar dos indícios da existência de fraude na suposta celebração de contrato de compra e venda entre Embargante e devedor, é certo que a má-fé do adquirente não restou efetivamente demonstrada, razão pela qual incabível

2 STJ, Súmula nº 375 - 18/03/2009 DJe - 30/03/2009 - *O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*

Acesso ao Sumário

na espécie a sua condenação ao pagamento da penalidade prevista no art. 18 do CPC.

Assim, uma vez que inexistem nos autos elementos suficientes à comprovação da alegada atuação de má-fé por parte do Embargante, não há que se falar em pagamento de multa.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Embargante, mantendo a r. sentença hostilizada tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0055859-05.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante TAM LINHAS AÉREAS S/A, são apelados FRANCISCO FLÁVIO TAVEIRA e VIVIAN FELIX TAVEIRA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.454)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: TRANSPORTE AÉREO - ERRO NA EMISSÃO DO BILHETE - IMPOSSIBILIDADE DE PRONTA IDENTIFICAÇÃO PELO CONSUMIDOR - FALTA DE SUBSTITUIÇÃO PARA DESTINO PRETENDIDO - CANCELAMENTO DA VIAGEM - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO ADEQUADA - APELAÇÃO IMPROVIDA.

VOTO

Ação de indenização foi julgada procedente em parte pela sentença que, dispondo sobre encargos recíprocos de sucumbência, condenou a ré em R$ 20.000,00 por dano moral, corrigidos e com juros.

Apelou a companhia aérea. Prequestiona o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, pois não existiu dano moral, nem prejuízo que justificasse a

condenação. Deviam os apelados conferir a passagem no ato da compra. Nega o erro e argui culpa exclusiva do consumidor. Pede reforma ou redução do montante arbitrado.

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

A sentença deu solução adequada ao caso e merece subsistir por seus fundamentos, que passam a integrar o voto (Regimento Interno, art. 252), por haver sido proferida em perfeita harmonia com o conjunto probatório.

Pretendia-se passar as férias em Paris, porém, por erro de um atendente da TAM, as passagens foram emitidas com destino a Nova York.

Como bem decidiu o juiz, não tinham os autores como identificar a falha no ato da compra, já que os bilhetes emitidos não mencionavam claramente a cidade de destino, a não ser pelo código de aeroporto que desconheciam, incumbindo à prestadora do serviço, cuja responsabilidade é objetiva (Lei nº 8.078/90, art. 14), fornecer ao consumidor a informação necessária para saber precisamente o que estava adquirindo.

Não providenciando a substituição dos bilhetes para o destino pretendido pelos apelados, os quais, sem outra opção, se viram na contingência de cancelar a viagem depois de estornado no cartão o preço pago, tudo, diga-se, por erro no sistema de emissão de bilhetes da apelante, suportaram os autores dano moral pela simples comprovação de ilícito capaz, objetivamente, de acarretar dor e sofrimento, o que em casos similares tem sido reconhecido neste Tribunal (Apelação nº 0012120-33.2011.8.26.0344, de Marília, Rel. Des. Ademir Benedito, 21ª Câmara, j. 22.04.2013; Apelação nº 0005120-74.2012.8.26.0011, de São Paulo, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, 13ª Câmara, j. 30.01.2013; Apelação nº 0013190-76.2012.8.26.0562, de Santos, Rel. Des. Afonso Bráz, 17ª Câmara, j. 10.04.2013; Apelação nº 9077508-54.2009.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, 20ª Câmara, j. em 10.09.2012).

Na fixação do valor da indenização levaram-se em conta peculiaridades do caso, inclusive número de bilhetes adquiridos, não comportando modificação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0001449-18.2010.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado CELSO ZAMBON (JUSTIÇA GRATUITA),

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação interposta pelo réu, prejudicado o recurso adesivo manifestado pelo autor, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17006)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2014.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Falta de prova do ato ilícito atribuído ao banco. Hipótese em que foi realizado empréstimo eletrônico com a utilização de cartão magnético e de senha pessoal do correntista, sendo o produto da operação financeira creditado na conta corrente do autor. Falta de reclamação formal do correntista durante aproximadamente sete meses subsequentes à formalização do contrato impugnado. Constatação de que os nove saques contestados, todos no valor de seiscentos reais, ocorreram no transcurso de vários meses, sendo inclusive um deles realizado antes mesmo do suposto contrato fraudulento, sem que o consumidor formalizasse imediata reclamação ao banco. Inadmissibilidade da inversão do ônus probatório, ante a falta de verossimilhança das alegações do autor. Hipótese em que incumbia ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, CPC). Sentença reformada. Pedido inicial julgado improcedente. Apelação interposta pelo banco provida, prejudicado o recurso adesivo manifestado pelo autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos contra a r. sentença de fls. 64/66 e 77/78, de relatório adotado, que, em ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para declarar a inexigibilidade

do débito resultante de contrato eletrônico impugnado pelo correntista e determinar a restituição dos valores cobrados.

Recorre o réu, sustentando, em síntese, que houve sucumbência recíproca, acrescentando que o autor utilizou por longo período dos recursos propiciados pelo contrato e dos serviços disponibilizados pela instituição financeira para a satisfação de seus compromissos pessoais Pondera que não pode ser responsabilizado pela negligência do autor, que não efetuou o pagamento dos encargos e tarifas por ele contratados. Salienta que prestou informação ao correntista, de acordo com a Resolução n. 2.878, do Banco Central, ao encaminhar mensalmente ao autor os extratos bancários de sua conta corrente, o que evidencia a legitimidade da inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes, por configurar exercício regular de direito. Enfatiza que o autor não demonstrou quaisquer danos ocasionados ao seu patrimônio ou a sua moral, motivo pelo qual é de rigor a total improcedência da ação.

Em seu recurso adesivo, aduz o autor, em resumo, que faz jus a indenização por danos morais, sopesado para tanto que, conquanto o seu nome não tenha sido inserido em cadastros de órgãos de proteção ao crédito, resulta o ato ilícito praticado pelo banco da inexistência do débito impugnado, patenteada, dessa maneira, a obrigação de indenizar nos termos do artigo 927, do Código Civil. Esclarece que por diversas vezes ficou privado de sacar os seus vencimentos mensais em virtude do débito proveniente do valor das parcelas do empréstimo impugnado, acrescido de seus encargos bancários, insistindo na condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral.

Os recursos são tempestivos, isento de preparo o do autor, preparado o do réu e foram respondidos.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de reparação de danos que foi julgada parcialmente procedente tão somente para declarar a inexistência do débito contraído em nome do autor e determinar a restituição dos valores cobrados.

A apelação interposta pelo banco comporta provimento, prejudicado o recurso adesivo manifestado pelo autor.

De se consignar, inicialmente, que o nome do autor, ao contrário do aduzido pela casa bancária, não foi inserido em cadastro de órgão de restrição ao crédito, valendo anotar que o correntista apenas impugna a legitimidade do contrato de empréstimo eletrônico no valor de R$ 4.288,95, postulando a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais pelos indevidos nove saques no valor de seiscentos reais supostamente realizados por terceiros.

Isto assentado, bom é realçar que, conquanto se cuide aqui de relação

Acesso ao Sumário

jurídica típica de consumo (Súmula n. 297, do STJ), à falta de verossimilhança das alegações do autor, inadmissível é a inversão do ônus probatório, razão pela qual lhe incumbia a prova relativa aos fatos constitutivos do seu direito, ou seja, era encargo seu demonstrar a ocorrência do ato ilícito que atribui ao banco, de cujo ônus não logrou se desonerar no feito, mesmo porque, bem ao contrário, há prova da celebração de contrato de empréstimo eletrônico com o banco no valor de R$ 4.288,95, no dia vinte e dois de maio de 2009, em caixa de autoatendimento bancário, certo é que o produto da operação financeira foi creditado integralmente em sua conta corrente (fls. 12).

Ademais, a contratação do empréstimo eletrônico foi concretizada mediante a utilização de senha pessoal e de cartão magnético do próprio autor, dúvida alguma remanescendo de que o valor do empréstimo, consoante já salientado, foi creditado em benefício do próprio correntista, a par do que os nove saques, supostamente indevidos, no valor de seiscentos reais cada um, foram realizados durante o transcurso de vários meses, o que torna pouco crível a alegação do correntista de desconhecimento dessas movimentações bancárias [um dos saques foi realizado no mês de maio, três no mês de junho, três no mês de julho e o último no mês de agosto de 2009 - fls. 12/15].

Releva salientar que um dos saques contestados foi realizado pelo correntista no mês de abril daquele ano e, portanto, em momento precedente à celebração do contrato eletrônico alegadamente fraudulento (fls. 11), ao passo que, durante os meses de julho e agosto de 2009, o autor movimentou regularmente a sua conta corrente, tanto é que realizou diversos outros saques (fls. 13 e 15), apresentando reclamação à instituição financeira apenas no mês de dezembro de 2009 (fls. 20), lavrando também, só então, o boletim de ocorrência pertinente (fls. 21), elementos estes que afastam por completo a verossimilhança das alegações do correntista ao tentar justificar que não realizou o empréstimo eletrônico em exame e tampouco procedeu aos nove saques de seiscentos reais.

Vê-se, pois, que a falta de prova do ato ilícito imputado ao réu na exordial fulmina a pretensão deduzida pelo autor nesta causa, porquanto inexistem nos autos elementos que permitam o convencimento de que o débito impugnado seja realmente inexigível.

Acesso ao Sumário

Ademais, os danos morais indenizáveis devem necessariamente resultar de ato ilícito - cuja verificação não ficou comprovada nestes autos - que consubstancie injusta agressão ao lesado, expondo-o a vexame social que macule e degrade sua honra, de molde a provocar sofrimento psíquico que moleste bens jurídicos integrantes da personalidade, vulnerando seu patrimônio moral, o que, consoante assinalado, não se verificou na espécie, do que decorre, como corolário natural, a absoluta improcedência do pedido inicial, não havendo, portanto, cogitar-se da imposição à casa bancária do pagamento da indenização postulada nesta demanda.

Bem por isso e porque constitui pressuposto imprescindível à configuração da responsabilidade civil, não há se falar em indenização quando ausente o nexo de causalidade entre o ato praticado e os danos alegadamente verificados, por isso que razão alguma assiste ao autor em postular a declaração de inexistência do débito, bem assim a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, razão pela qual julgo improcedente o pedido inicial, arcando o autor com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados por equidade em R$ 1.500,00, observada, no particular, a disposição contida no artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Ante o exposto, dou provimento à apelação interposta pelo réu, prejudicado o recurso adesivo manifestado pelo autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023819-21.2004.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PHYTOS ESSENCE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., são apelados SIDNEI JOSÉ MANO e MANO E CIA CONSULTORIA LTDA..

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.761)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2014.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Prestação de serviços - Registro de produtos/marcas perante o Instituto Nacional de Marcas e Patentes (INPI) - Não efetivação do registro em razão da falta de recolhimento das taxas de depósito, por parte dos réus - Investigação pela prática de fraude - Demonstração de que os serviços contratados não foram executados a contento pelos réus - Condenação à devolução da quantia paga - Danos morais não configurados - Ausência de comprovação de abalo na imagem das autoras

Acesso ao Sumário

ou qualquer publicidade negativa em seus nomes - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de indenização por danos materiais e morais decorrentes de prestação de serviços, julgada parcialmente procedente, nos termos da r. sentença de fls. 1016/1021 para o fim de condenar os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia de R$ 11.339,75, a ser atualizada desde os desembolsos e acrescida de juros moratórios de 1% a contar da citação. Os pleitos relativos aos lucros cessantes e danos morais foram afastados. Em razão da sucumbência recíproca cada parte arcará com as custas despendidas e honorários advocatícios de seu patrono.

Apela a autora alegando, em resumo, que o pedido indenizatório por dano moral é cabível às pessoas jurídicas, colacionando vasta jurisprudência a respeito. Entendem que a dor, constrangimento e humilhação causados pelos apelantes ao envolver seus nomes, produtos e marcas dentro da esfera de inquéritos e investigações criminais, são motivos ensejadores da indenização pretendida. Apontam a incidência do Código de Defesa do Consumidor, pugnando pela responsabilização dos réus pelos prejuízos causados. Aduzem que restou comprovado o reaproveitamento ilícito das guia da taxa do INPI, fato que gerou prejuízo aos apelantes, em especial na esfera moral. Pugna pelo acolhimento de seu pleito e a condenação dos réus ao pagamento dos danos morais.

Recurso preparado (fls. 1041/1043) e recebido em ambos os efeitos (fl.1045).

Não houve contrariedade.

É o relatório.

Pretendem as autoras receber indenização pelos danos materiais e morais que alegam ter sofrido, em razão da falha na prestação dos serviços por parte dos requeridos. Pugnam ainda pelo pagamento de lucros cessantes em virtude dos prejuízos e perdas relatadas na petição inicial.

Afirmam que atuam no ramo de cosméticos e que contrataram os serviços dos réus para o registro de oito produtos/marcas perante o Instituto Nacional de Marcas e Patentes - INPI.

Contudo, foram surpreendidas com a informação de que os requerimentos de registro das marcas de seus produtos foram arquivados junto ao INPI, por falta de recolhimento das taxas de depósito por parte dos réus, os quais foram investigados pela prática de fraude.

Entendem que a conduta dos requeridos causou-lhes os prejuízos narrados, razão pela qual devem ser responsabilizados pelo pagamento da indenização pretendida.

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada parcialmente procedente para o fim de condenar os réus, solidariamente, à devolução das quantias pagas em virtude da contratação. Os pleitos relativos aos lucros cessantes e indenização por danos morais foram desacolhidos.

O recurso interposto pelas autoras restringe-se ao afastamento dos danos morais.

A questão relativa à devolução da quantia paga pela deficiente prestação de serviços restou incontroversa, porquanto, não houve irresignação por parte dos requeridos.

Do exame dos autos vê-se que as partes firmaram contrato de prestação de serviços, a fim de que os réus providenciassem o registro de marcas dos produtos produzidos pelas autoras, junto ao Instituto Nacional de Marcas e Patentes - INPI.

Ocorre que tais requerimentos foram arquivados em razão da falta de recolhimento, pelos réus, das taxas pertinentes (fls. 19/25).

Diante do conjunto probatório e em razão da ausência de comprovação por parte dos réus, extrai-se a ilação que os serviços para os quais foram contratados não foram executados a contento.

Com efeito, a prova coligida no curso da lide converge para a narrativa que as autoras deram aos fatos na inicial.

Nesse passo, de rigor a condenação dos requeridos à devolução da quantia paga pela prestação dos serviços, nos moldes da r. sentença.

Embora reconhecido o direito das autoras em reaver os valores pagos, a pretensão não merece acolhimento, no tocante aos danos morais.

É inegável que a pessoa jurídica é passível de sofrer dano moral, entendimento este pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 227. Em que pese ser a pessoa jurídica destituída de honra subjetiva, é incontroverso que possui honra objetiva, consistente no conceito, imagem e credibilidade perante o mercado em que exerce sua atividade.

Entretanto, no caso em tela, a autora Phytos Essence Indústria e Comércio Ltda. não demonstrou qualquer abalo em sua honra objetiva, apta a ensejar a indenização propalada.

Em se tratando de pessoa jurídica, não ficou demonstrada publicidade negativa para a imagem da autora, ou qualquer outro reflexo que justificasse a reclamada indenização por dano moral.

Não restou comprovado ainda que a fraude no recolhimento das guias junto ao INPI tenha causado danos ao nome da empresa.

Ao contrário do que ocorre com tal modalidade de dano, em muitos casos, com relação às pessoas físicas, que dispensa a comprovação em virtude do

Acesso ao Sumário

caráter *in re ipsa*, no caso da pessoa jurídica, imprescindível essa demonstração.

Também não houve a demonstração de que a coautora Yoko Asamura Azevedo tivesse sofrido os danos morais propalados, aptos a abalar sua carreira profissional.

Além disso, não houve comprovação de que o processo criminal ajuizado contra o correquerido Sidnei José Mano tenha gerado reflexos nas autoras.

O ato, para ser determinador de reparação, deve ser atentatório à honra objetiva, suficiente para configurar vexame e humilhação.

As autoras, quando muito passaram por mero aborrecimento, que, no entanto, não acarreta prejuízo na órbita moral.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0116592-41.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes RCI BRASIL PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERCÂMBIO LTDA. e BRASIL PROPOERTIES COMERCIALIZAÇÃO DE PROPRIEDADE DE FÉRIAS, é apelado JORGE EUSTAQUIO MARTINS DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26209)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ E PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

LUIZ SABBATO, Relator

Ementa: *TIME SHARING*. Contratos assinados pelo consumidor, envolvendo prestação de serviços de intercâmbio e venda de parte ideal de instalações hoteleiras. Publicidade enganosa. Contrato que impõe cláusulas restritivas sem dar o destaque previsto na

Acesso ao Sumário

legislação consumerista. Rescisão bem administrada. Devolução dos valores pagos e indenização por danos morais. Sentença incensurável. Apelações da prestadora de serviços e da corretora de imóveis desprovidas.

VOTO

Ação denominada de "RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, c.c. COM DANOS MORAIS, E PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA", foi julgada procedente pela respeitável decisão monocrática, cujo relatório se adota.

Declarados rescindidos os contratos assinados pelo autor, condenados os réus a lhe devolver as prestações recebidas, bem como indenizá-lo por danos morais no valor de R$ 10.000,00, seguiu-se apelo da prestadora de serviços de intercâmbio e da corretora de imóveis de férias, pugnando pela inversão do resultado.

Realça a primeira, resumidamente, que não se sustenta a obrigação imposta na condenação em solidariedade com a segunda, que não passa de instituição credenciada por si e que agiu por conta e risco dos negócios que administra, cabendo-lhe, pois, responsabilidade exclusiva pela condenação, nos termos das extensas explicações sobre as atividades de uma e de outra; que ao celebrar o contrato com o autor fê-lo com irretorquível boa-fé, prestando todas as informações desejadas e fornecendo explicações sobre todos os termos da avença, acontecendo, porém, que na propositura da ação demonstraram os "RECLAMANTES que não entenderam a relação de consumo da qual fazem parte, posto que (sic) afirmam falaciosamente na exordial que a utilização de semana de férias não pode ser feita a escolha do fornecedor do serviço" (f. 458). Finalizam transcrevendo jurisprudência, doutrina e discorrendo sobre a condenação fundada em danos morais, que no caso não encontra ressonância nos fatos, pois mais não fizeram senão cobrar o que fora regularmente contratado.

São razões recursais da segunda, em síntese: que foi infeliz a afirmação da litisconsorte, de que "os associados, ora reclamantes, não entendem a relação de consumo da qual fazem parte" (f. 480); que na verdade a relação contratual lhes foi exaustivamente explicada, dando-lhes todo tempo necessário para "que toda e qualquer dúvida do contrato fosse dirimida pelo preposto da empresa" (f. 480), inclusive por *e-mails* que transcreve no apelo (f. 480/483); sem razão o juízo, ainda, quando entende que o contrato "não encontra clareza", pois todas as cláusulas e condições são absolutamente claras, conforme explica analiticamente às f. 484. Em seguida, invoca o artigo 476 do Código Civil que trata dos contratos bilaterais e das obrigações sinalagmáticas, com o que sustenta

Acesso ao Sumário

a força vinculante das cláusulas avençadas, citando doutrina de THEODORO JUNIOR a respeito do direito contratual e conclui que a "rescisão do contrato decorreu da manifestação unilateral de vontade e responsabilidade do apelado". Prossegue e termina citando volumosos arestos jurisprudenciais para, ao cabo, postular a inversão do resultado ou, subsidiariamente, a desconstituição da indenização por danos morais ou, no mínimo, a sua redução.

Recursos bem recebidos e respondidos.

É o relatório.

Rejeito a arguição de que não concorre a solidariedade nas relações consumeristas.

Vige no direito na espécie o princípio da impessoalidade, de modo que o consumidor, desde que prejudicado, pode reclamar indenização a qualquer protagonista da cadeia fornecedora ou produtora, seja, no caso, a prestadora de serviços, seja a corretora de vendas de imóveis. (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 3º).

Passo ao exame dos contratos.

Não há dúvida que são claros os termos e as condições contratuais.

Envolvem claramente duas instituições comerciais, a primeira prestando serviços de intercâmbio para facilitar viagens de lazer, a segunda comercializando partes ideais de propriedades de férias, tudo bem sintonizado para caracterizar a operação denominada "*TIME SHARING*".

Os termos contratuais estão claros, porém, somente para os que estão habituados no trato da lei e na exegese das relações contratuais - mas não estão ao alcance do consumidor e da inteligência do homem médio que não convive diariamente com as ciências jurídicas e sociais.

Na linguagem popular, como soe acontecer na Internet, cuida-se de um "esquema básico, usado na maioria dos hotéis, que consiste na venda de semanas específicas. Você compra uma semana do ano e essa semana é sua, para sempre. Anualmente, paga-se uma taxa de manutenção, sendo que o valor, como tudo, varia de hotel para hotel. Como o quarto é seu naquela semana, você pode alugá-lo para familiares ou conhecidos. Se você não for usar num ano específico e avisar o hotel com antecedência, eles podem alugá-lo e mandar o dinheiro para você" (http://guiadearuba.com/blog/2012/03/time-sharing-uma-opcao-de-hospedagem/#sthash.9Tfl92TA.dpuf).

É isso que o consumidor compreende quando assina um contrato de *TIME SHARING*. Compra - e não aluga - um quarto de hotel, tornando-se proprietário de um bem imóvel no exterior. Paga uma taxa de manutenção e em seguida pode desfrutar de sua propriedade para uso próprio ou para aluga-la com o auxílio da administração, que manda "o dinheiro para você". Tentador.

Acesso ao Sumário

Fosse ler os dispositivos contratuais com olhos técnicos, porém, compreenderia, à leitura da cláusula "D" - USO NO PLAZA e USO PARA INTERCÂMBIO, que a ocupação e a disponibilidade sofreria restrições na SEMANA SUPER ALTA, bem como na ALTA TEMPORADA, consideradas VERMELHAS. Só não sofreria restrições na SEMANA BRANCA e nem na SEMANA AZUL, à consideração de que "não existem semanas de Baixa Temporada no Edifício Praia Suítes" (f. 26).

Ora, soubesse o consumidor que em estabelecimentos hoteleiros onde "não existem semanas de baixa temporada" são de difícil ocupação; soubesse, ainda, que na alta temporada as vagas são demasiadamente restritas; compreendesse tudo isso quando as cláusulas contratuais, sem o **destaque** previsto pelo artigo 54, § 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece que as restrições só se ostentam como válidas quando chamam a atenção de quem com elas concorda - e compreendesse, ainda, o significado das cores BRANCA, AZUL e VERMELHA codificando a ocupação do sistema *TIME SHARING*, certamente pensaria melhor antes de assinar o contrato - jamais, porém, como no caso, quando desfrutava de lazer à beira da praia.

Em resumo, concorre a responsabilidade de ambas as demandadas, tanto em relação aos contratos firmados com o consumidor, quanto em relação à indenização estabelecida em solidariedade, eis que indisfarçável o ato ilícito da publicidade enganosa e do contrato malicioso.

Passo à análise da dosimetria da condenação por danos morais, estimada em R$ 10.000,00.

É de RIPERT o postulado de que não se avaliará a indenização por dano moral em quantia que leve o ofensor à ruína e nem o ofendido ao fácil enriquecimento. Entende a jurisprudência, ainda, que a estimativa deve ser compensatória e eficaz. Deve punir exemplarmente o ofensor para desestimular a recidiva e oferecer ao ofendido todos meios ou instrumentos capazes de mitigar a ofensa.

Tal como é indenizável o furto de um asno, patrimonial à evidência, é com maior razão indenizável o furto da boa-fé. Há asnos que valem pouco, mas há asnos que valem até mais que R$ 10.000,00. Ofensa à dignidade vale mais que um asno, certamente.

Daí porque entendo ser absolutamente proporcional a fixação. Com essas considerações nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0110373-90.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AILTON SILVA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRA TRANSPORTES AÉREOS LTDA..

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36322t)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: CONTRATO. PACOTE TURÍSTICO. FURTO DENTRO DE HOTEL. HOTEL COM CARACTERÍSTICAS DIVERSAS DAS ESPERADAS. JUSTA EXPECTATIVA. DANO MORAL.

1. Não restou demonstrado que houve promessa de condições superiores do hotel contratado. No documento juntado aos autos, restou comprovado que o hotel contratado tinha padrão três estrelas, e não cinco.

2. Não restou demonstrado que as acomodações continham os defeitos alegados (ar condicionado quebrado, mofo).

3. Há verossimilhança da alegação de ocorrência de furto no interior no hotel. O boletim de ocorrência lavrado na ocasião dos fatos corrobora a tese do autor.

4. Em um pacote turístico, todos os fornecedores que compõem a prestação de serviços enquadram-se na mesma cadeia, respondendo solidariamente perante o consumidor por defeitos na prestação dos serviços.

5. Havendo furto de objetos dentro do quarto de hotel, cabe ressarcimento dos danos materiais alegados, bem como dos danos morais, decorrentes do próprio fato (furto).

Acesso ao Sumário

6. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 343/347, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente ação de indenização ajuizada por Ailton Silva de Souza contra BRA Transportes Aéreos Ltda., concluindo não configurado o dever de indenizar.

Inconformado, apela o vencido, sustentando ter sofrido danos materiais e morais, em razão da má prestação de serviços pela ré. Narra ter havido hospedagem com acomodações diversas das prometidas (vista para o mar); ter havido furto de seus pertences nas dependências desse hotel; haver relação de consumo. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para procedência do feito.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O autor narrou ter aderido a contrato de turismo ofertado pela empresa de agência de viagens ré. Cuidava-se de pacote turístico para a cidade de Natal (Rio Grande do Norte), com passagens aéreas, hospedagens e refeições inclusas. Foi-lhe prometido quarto com vista para o mar, mas, ao chegar ao hotel, ficou em quarto de frente para uma construção, com diversas pessoas trabalhando, o que o obrigou (e à sua esposa) a manter a janela fechada o tempo todo. Não bastasse isso, o ar condicionado não funcionava; o quarto cheirava a mofo; o hotel localizava- se em praia perigosa, e não privilegiada, como havia sido prometido; ao retornar de um passeio em 6.8.03, à noite, perceberam, ao retornar ao aposento, que vários pertences haviam desaparecido e suas malas teriam sido reviradas. Esse fato foi certificado em boletim de ocorrência firmado no dia seguinte (fls. 28).

A ré, conforme documento de fls. 37, não era mera transportadora, mas agência de viagens responsável pelo pacote turístico ofertado aos autores. Bem por isso, afastou-se sua ilegitimidade passiva no acórdão de fls. 230/232.

No pacote de turismo, todos os serviços ofertados encontram-se dentro da mesma cadeia de fornecimento. O autor escolheu o hotel dentre aqueles previamente indicados pela ré; a passagem aérea é adquirida de empresa já contratada pela fornecedora, enfim, todo o serviço a ser prestado está previamente delimitado pelo pacote escolhido. Esse pacote faz parte de um todo, de modo que toda a cadeia de fornecedores responde solidariamente perante o consumidor em caso de defeito na prestação de serviços.

Assim, se o hotel não foi adequado, se houve furto em seu interior, a responsabilidade entre as prestadoras de serviço, perante o consumidor, é solidária.

Estabelecido tal norte, de se verificar as alegações da parte.

Acesso ao Sumário

Quanto à hospedagem, não restou devidamente comprovado que houve promessa de hotel de qualidade cinco estrelas, nem quarto com vistas para o mar. O documento de fls. 48 indica claramente que o hotel teria padrão três estrelas.

O fato de existir um prédio em reforma ou construção ao lado não torna o serviço inadequado. O hotel não poderia impedir construções ao seu redor, não se tratando de conduta que lhe possa ser atribuída, de modo que isso se enquadraria em fato de terceiro.

Também não restou comprovada a inadequação das acomodações (ar condicionado quebrado e cheiro de mofo).

Por fim, o furto alegado contém verossimilhança que permite responsabilização da ré, mormente diante de elementos que corroboram a tese do autor (boletim de ocorrência).

Não se poderia supor que um hóspede viesse a ter o aborrecimento, no período de férias, em local paradisíaco, de trocar horas de lazer por horas na delegacia de polícia para lavrar boletim de ocorrência.

O dano material, assim, deve ser ressarcido.

O autor alegou a perda de máquina fotográfica, joias da esposa, dois pares de tênis, óculos, bolsa, boné, estimando o prejuízo em R$ 5.000,00. Neste ponto, deve-se prestigiar a presunção de boa-fé do consumidor, não cabendo supor sua má-fé, mormente sem indício nenhum nesse sentido. Embora possa existir dúvida acerca dos bens de fato furtados, não se pode deduzir falsidade da informação e prejudicar a parte frágil na relação, deixando de lhe conceder qualquer ressarcimento.

Esse valor deve ser corrigido a contar do ajuizamento do feito, pela Tabela Prática desta Corte, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (simples), desde a citação.

O dano moral decorre do próprio dano material reconhecido. Afinal, a perda de objetos dentro de hotel traz frustração de justa expectativa do turista. A perda de máquina fotográfica não enseja mero dano material. Várias fotografias representam lembranças que foram perdidas. Além disso, o próprio fato de haver furto dentro do hotel, onde se espera conforto e segurança, não pode ser tratado como mero aborrecimento. O transtorno que é causado, o temor de novo episódio, a perda da sensação de segurança e tranquilidade, a perda do próprio encanto da viagem tão esperada, podem ser erigidos à condição de dano moral.

Estabelecido o dever de reparar, resta a verificação do montante indenizatório.

Quanto a esse aspecto, considerando que a lei não prevê padrão de aferição do valor indenizatório para a hipótese vertente, resta, então, aquele genérico para os casos de prática de ato ilícito (artigos 159, 1059 e 1547 do CC de 1916,

Acesso ao Sumário

e artigos 927, 944 e 953 do CC atual).

Em tal ocorrendo, ao juiz tocará o arbitramento de indenização cabível, segundo seu elevado critério (Código Civil de 1916, artigo 1553, e parágrafo único do art. 953 do CC atual).

De fato, "o dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo 54, parágrafo 5.536, n. 1, p. 61). "O importante é, a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos" (R. Limongi França, "Reparação do Dano Moral", in RT 631, p. 35). "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 sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão" (Humberto Theodoro Júnior, "Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil", *in* RT 662, p. 9).

Nesse diapasão, considerando as circunstâncias da causa, a capacidade econômica das partes e as finalidades reparatória e pedagógica da condenação dessa natureza, temos por adequada a fixação do montante indenizatório no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária pela Tabela Prática desta Corte, a partir do julgamento deste aresto, e juros de mora desde a citação.

Com o resultado ora preconizado, invertem-se ônus de sucumbência. Honorários são fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

A responsabilização da ré, ora verificada, não a impede de voltar-se contra quem esta entender ser a verdadeira responsável pelos transtornos sofridos pelo autor.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para julgar procedente a ação de indenização ajuizada por Ailton Silva de Souza contra BRA Transportes Aéreos Ltda., condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, nos termos do aresto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0110564-13.2009.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E. M. COLORS

Acesso ao Sumário

ETIQUETAS ADESIVAS LTDA., é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12810)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES E JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2014.

TASSO DUARTE DE MELLO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. Contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial) e contrato de empréstimo.

NULIDADE DA SENTENÇA por vício de fundamentação. Inocorrência. Sentença que decidiu o processo de modo bem fundamentado, tendo se pronunciado sobre todas as teses deduzidas pela Apelante.

CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. CHEQUE ESPECIAL. Admissibilidade. Capitalização de juros em período inferior a um ano que é da natureza do contrato. Possibilidade mesmo sem autorização legal ou contratual e ainda que firmados os contratos antes da vigência da MP 1.963-17 de 31.03.00. Ausência de ilegalidade nesses casos. Precedentes desta C. Câmara. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO REPRESENTATIVA DE CONTRATO DE

EMPRÉSTIMO. Possibilidade de capitalização mensal dos juros por expressa disposição legal. Art. 28, § 1º, inc. I, da Lei nº 10.931/2004. Previsão contratual expressa de capitalização.

***SPREAD* BANCÁRIO. Impossibilidade de limitação a 20% do valor da operação bancária. Inaplicabilidade da Lei da Usura às instituições financeiras. Súmula nº 596 do C. Supremo Tribunal Federal e REsp nº 1.061.530/RS.**

Acesso ao Sumário

LESÃO. Inocorrência. Modalidade de defeito do negócio jurídico que pressupõe a existência de prestações desproporcionais. Art. 157 do CC. Desproporção que, na espécie, se relacionaria com os juros cobrados. Ausência de abusividade dos juros. Defeito não caracterizado.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 454/471) interposto por E. M. COLORS ETIQUETAS ADESIVAS LTDA. nos autos da ação revisional de contrato bancário por ela ajuizada em face de BANCO BRADESCO S/A, contra a r. sentença (fls. 444/448) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional Tatuapé da Comarca da Capital, Dr. Mauro Civolani Forlin, que julgou improcedentes os pedidos.

A Apelante sustenta, em síntese: I) nulidade da r. sentença por fundamentação deficiente; II) ilegalidade da capitalização dos juros, que alega ter sido confessada pelo Apelado; III) inconstitucionalidade da MP nº 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização; IV) limitação do *spread* ao equivalente a 20% (vinte por cento) do valor de captação do CDB; V) a estipulação dos juros acima desse limite configura o vício da lesão.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 478/479 e 487), recebido no duplo efeito (fls. 488).

Contrarrazões (fls. 490/509), pela negativa de provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Ausência de nulidade da sentença.

Não se há que falar em nulidade da r. sentença por vício de fundamentação, pois o douto magistrado sentenciante se pronunciou de modo bem fundamentado sobre todas as teses deduzidas pela Apelante, quais sejam: a) possibilidade de revisão do contrato; b) ausência de limitação dos juros a 12% ao ano; c) legalidade da taxa praticada; d) preclusão da prova pericial; e) pedido de repetição do indébito.

Recurso não provido neste ponto.

DA CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS

A) <u>Contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial)</u>.

Entende esta C. Câmara ser possível a capitalização de juros - em período inferior a um ano - nos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente,

Acesso ao Sumário

mesmo sem autorização legal ou contratual e ainda que firmados anteriormente à vigência da MP 1.963-7, de 31.03.00, por ser da natureza jurídica do contrato.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: Ap. 0103388-45.2007.8.26.0010, Rel. Sandra Galhardo Esteves, j. 30.10.13 e Ap. 0026155-25.2004.8.26.0576, Rel. Castro Figliolia, j. 25.09.13.

Não se desconhece o entendimento consolidado pelo C. STJ quando do julgamento do REsp 973.827-RS, representativo de recursos repetitivos, no sentido de somente ser admitida a capitalização dos juros em período inferior a um ano em contratos bancários celebrados após a vigência da MP 1.963-17/00 (convertida na MP 2.170-36/01):

> "CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.
>
> (...)
>
> 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:
>
> - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.
>
> - A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. (...)".

Contudo, esta C. Câmara entende que tal posicionamento do C. STJ dirigiu-se apenas aos contratos de mútuo (empréstimos e financiamentos), em que há disponibilização de recursos de forma imediata e por prazo determinado, não se aplicando aos contratos de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial), caracterizados pela possibilidade de saque a descoberto, com o fechamento mensal dos débitos e créditos do correntista.

Acesso ao Sumário

Nesta modalidade de contrato bancário, entende-se por lícita a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual mesmo em contratos anteriores à vigência da MP 1.963-17/00, por ser a capitalização inerente à sua natureza. Nesse sentido:

> "JUROS CHEQUE ESPECIAL - Contrato de abertura de crédito em conta corrente - Cláusulas previamente conhecidas e livremente pactuadas - Contagem dos juros que pode ser feita mensalmente, sem que isso constitua anatocismo, dadas as peculiaridades do contrato, que não pode ser confundido com o de mútuo - Capitalização neste tipo de avença que é legal, ainda que o contrato tenha sido firmado antes da edição da MP

2.170- 36/2001. (...)

O tema foi bem analisado no julgamento da Apelação Cível nº 984.224-8, ocorrido em 17.5.2006 pela 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Cerqueira Leite (relator designado), segundo o qual 'no que concerne à capitalização mensal dos juros, Orlando Gomes leciona que a prática não é permitida, 'exceto no contrato de conta corrente' (ob. cit., pág. 358). Noutras passagens, o renomado doutrinador conceitua o contrato de conta-corrente bancária como aquele 'no qual intercorrem relações continuadas de débito e crédito entre o banco e o cliente' até a conta ser fechada, e aduz que o fechamento da conta tem 'como efeito a liquidação do saldo, que pode ocorrer no curso do contrato sem acarretar a cessação do contrato' (idem, págs. 370, 372).'

(...)

Contudo, ainda que o contrato tenha sido firmado em data anterior, como se observa do caso, não haveria que se falar em autorização para capitalização, mas em inexistência de capitalização ilegal dadas as peculiaridades do contrato, como já mencionado.

Também o ilustre Desembargador José Reynaldo, componente da 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, comunga dessa posição, como se vê no acórdão por ele relatado, que, citando precedente do não menos festejado Des. Campos Mello, assim decreta:

'Quanto à capitalização dos juros, mesmo anteriormente à edição das Medidas Provisórias invocadas, em se tratando de contrato de abertura de crédito em conta- corrente, dado que diariamente se utiliza total ou parcialmente o limite de crédito, já era admitida pela jurisprudência a sua capitalização diária, consoante V. acórdão da E. 12ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, relatado pelo eminente Juiz e atualmente Desembargador Campos Mello, que por votação unânime entendeu:

'Tratando-se de contrato de abertura de crédito não se aplica a vedação constante do art. 4º do Dec. 22.626/33, sendo lícita, aos bancos, a percepção de juros dia a dia sobre o crédito atualizado, a partir do dia da utilização, podendo, ainda, ser incorporados ao saldo devedor (Ap. 648.416-4, j. 7.4.97, RT 746/242).' (Ap. Cível nº 7.043.368-8, julg. em 1º.02.2006).''

Em suma, não se vislumbra irregularidade na previsão contratual em relação à alegada capitalização." (12ª Câmara de Direito Privado, Ap. 9154962-81.2007.8.26.0000, Rel. Jacob Valente, j. 06.04.11).

Logo, não há que se falar em ilegalidade da cobrança de juros capitalizados na espécie, posto que a capitalização é da própria natureza do contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente.

B) <u>Cédula de crédito bancário</u>.

Acesso ao Sumário

Tratando-se de cédulas de crédito bancário, a matéria é regida pela Lei nº 10.931/04, que no art. 28, § 1º, inc. I, autoriza a cobrança de juros capitalizados em periodicidade inferior ao ano, desde que expressamente pactuada.

Na espécie, há expressa pactuação da capitalização de juros em período inferior a um ano, conforme se constata da taxa anual cobrada - 26,83% (fls. 176) -, que se decomposta em doze meses, é superior à taxa mensal - 2%.

Tal entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência do C. STJ:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. TAXA ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA MENSAL. SÚMULA N.83/STJ. (...) 1. **Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada** (Recurso Especial repetitivo n. 973.827/RS). (...) 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 382.628/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 15/10/2013)

Assim, com fundamento no artigo 28, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04, nega-se provimento ao recurso também nesse ponto, uma vez que a capitalização de juros em prazo inferior a um ano foi expressamente contratada.

Prejudicada, pois, a análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização mensal dos juros nos contratos bancários em geral, posto que a matéria é regida pela Lei nº 10.931/04, no que toca ao contrato de empréstimo, e por ser a capitalização inerente à natureza do contrato de abertura de crédito (cheque especial).

***SPREAD* BANCÁRIO**

Nesse ponto, a r. sentença também não comporta qualquer reparo.

Não há que se falar em limitação do *spread* a 20% do valor da captação do CDB.

Artigo 4º, letra "b", da Lei 1.521/51[1] - que altera dispositivos da legislação que dispõe sobre crimes contra a economia popular - faz remissão expressa à pratica de usura, o que não alcança as instituições financeiras, de acordo com o entendimento consolidado na Súmula nº 596 do E. Supremo Tribunal Federal, reiterado no julgamento dos recursos repetitivos (REsp 1.061.530/RS).

1 Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, também já decidiu esta C. Câmara: Apelação nº 0014176-26.2009.8.26.0565, desta Relatoria, j. 20/03/2013; Apelação nº 0139785-56.2009.8.26.0100, Rel. Des. José Reynaldo, j. em 15.06.2011).

Logo, não se submetendo a instituição financeira Apelada ao limite imposto pela Lei de Usura (Decreto-lei nº 22.626/33), de rigor a manutenção da r. sentença também nesta parte.

DA LESÃO

Também não se verifica a existência da lesão, modalidade de defeito do negócio jurídico que, nos termos do artigo 157 do Código Civil, pressupõe a existência de uma contraprestação manifestamente desproporcional à prestação do outro contratante.

No caso dos contratos ora questionados, tal desproporção, acaso existente, estaria relacionada aos juros praticados, e estes, como já dito, não são abusivos ou desproporcionais.

Recurso não provido também neste ponto.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0209618-67.2009.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADRIANA SOARES COUTO FRONZAGLIA, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A (SUCESSOR DO BANCO SANTANDER S/A).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13229)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2014.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO - Taxa de manutenção e seguro - Pretensão de reforma da sentença que julgou improcedente pedido de cancelamento de cobrança de taxa de manutenção de cartão de crédito e de seguro - Cabimento parcial - Hipótese em que deixou a autora de apresentar

Acesso ao Sumário

provas que corroborassem sua pretensão inicial no que tange à questionada taxa de manutenção, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia - Banco réu que, por sua vez, demonstrou a origem e o acerto de sua conduta - Em relação à reclamada cobrança de seguro, ausentes nos autos prova da sua contratação e da regularidade da sua cobrança, bem como impugnação específica das alegações da autora - Valores correspondentes ao denominado "SEGURO CARTÃO PROTEG CRED" que devem ser estornados, declarando-se inexistente o débito acumulado por tal cobrança durante a vigência do contrato firmado entre as partes - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESTA PARTE.

DANO MORAL - Indenização - Pretensão de reforma da sentença que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral - Descabimento - Hipótese em que não ficou comprovado o dano moral reclamado pela autora - Mero inadimplemento contratual que, por si só, não implica dano moral, como pretendido - RECURSO DESPROVIDO NESTA PARTE.

VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença de fls. 115-117, que julgou improcedente demanda com pedidos de cancelamento de cobrança e de indenização por dano moral, ajuizada em face de Banco Santander S/A, apela a autora, Adriana Soares Couto Fronzaglia (fls. 120-123).

Sustenta, em apertada síntese, que, "*seduzida pela propaganda enganosa do Réu, solicitou o cartão de crédito 'FREE', do Réu, com a promessa de que não haveriam taxas de manutenção a serem pagas*" (*sic*, fls. 120).

Alega que "*recebeu a primeira fatura do cartão do Réu com valor a ser pago de taxa de manutenção, de R$8,90 (oito reais e noventa centavos), e exatamente o que prometera não fazer, e contra até o nome estampado na fatura 'FREE', que simplesmente significa livre, ou seja, livre de tarifas, como faz em propaganda*" (fls. 120).

Questiona o argumento de que a isenção de taxas somente ocorreria na hipótese de utilização do cartão contratado, afirmando que, "*no ato da venda, da propaganda, isto não é veiculado, e consta apenas de forma singela, e sem destaque, como sentenciado pelo Juízo, no verso da fatura*" (fls. 122).

Acrescenta que "*o Juízo ainda avalizou a venda casada e não solicitada,*

de seguro, que é debitado sem autorização" (fls. 122).

Argumenta que a conduta do apelado é abusiva, pois contraria a previsão do artigo 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor e enseja indenização pelo dano moral suportado (fls. 121).

Recurso bem processado, com resposta (fls. 132-140).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, constou da motivação invocada pela juíza singular em sua sentença de improcedência dos pedidos:

> *"A autora reconhece ter solicitado o cartão de crédito em questão e junta com a petição inicial faturas respectivas.*
>
> ***No verso das mencionadas faturas, consta expressamente a regra de que o 'serviço de manutenção free' é 'cobrado apenas nos meses em que o cartão titular e/ou adicionais não forem utilizados'*** *(fls. 12, verso - grifou-se).*
>
> ***Não foi comprovada a veiculação de publicidade enganosa relativa ao mencionado cartão de crédito, devendo-se reconhecer que a palavra 'free' (livre, gratuito, em inglês) não significou isenção incondicionada de taxas.***
>
> *Deve-se ressaltar que o caso em questão não se refere ao envio de cartão de crédito sem prévia solicitação do consumidor. Ao contrário, a própria demandante informa, em sua petição inicial, ter solicitado a emissão do cartão.*
>
> *Caberia a ela, enfim, ter comprovado o teor da publicidade que foi veiculada, demonstrando que a oferta se referia à isenção total de taxas e anuidade.*
>
> *Todavia, tal demonstração não foi feita nestes autos.*
>
> *Apesar de instada a especificar as provas que pretendia produzir (fls. 109), a autora nada mencionou (fls. 114)"* (fls. 116-117, destaques nossos).

De fato, em relação à cobrança de taxas de manutenção do cartão de crédito, deixou a autora de apresentar provas que corroborassem sua pretensão inicial.

O banco réu, por sua vez, demonstrou ter disponibilizado, em seu endereço eletrônico (fls. 74-75) e mesmo nas faturas mensais enviadas a seus clientes, informação suficiente sobre a reclamada cobrança.

Conforme se observa, em todas as faturas acostadas aos autos pela autora consta a informação, em seu verso, de que o "Serviço de Manutenção Free" será cobrado "*apenas nos meses em que o cartão titular e/ou adicionais não forem utilizados*" (fls. 12vº).

É facilmente notada, em uma análise das mesmas faturas, a inexistência

Acesso ao Sumário

de registro de transação efetuada pela autora, entre fevereiro de 2009 e março de 2010, com o cartão de crédito fornecido pelo banco réu (fls. 12, 23-25, 27, 30, 35, 38, 41, 44, 47, 54, 59-61), o que por ela também não foi contrariado.

Contudo, no que concerne à também questionada contratação do seguro, assiste razão à autora.

Impugnada pela autora a cobrança mensal da taxa de R$3,30 (três reais e trinta centavos), indicada como relativa a "SEGURO CARTÃO PROTEG CRED" (fls. 21), manteve-se silente o banco réu, bem como a d. juíza sentenciante.

Nesse contexto, dada a ausência de prova quanto à sua contratação e à regularidade da sua cobrança, de rigor o estorno de todos os valores correspondentes ao denominado "SEGURO CARTÃO PROTEG CRED", declarando-se inexistente o débito acumulado a esse título durante a vigência do contrato de adesão a cartão de crédito firmado entre as partes.

No entanto, em relação ao alegado dano moral, não há nos autos elementos de convicção aptos a demonstrar a alegada violação à dignidade da pessoa humana, da honra ou da imagem da autora, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O simples inadimplemento contratual, embora reprovável, por si só, não é suficiente para ensejar o reclamado dano moral.

O episódio vivenciado pela autora consubstancia mero aborrecimento decorrente da vida em sociedade, mas não dano moral, passível de indenização.

Diante de todo o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, apenas para determinar o estorno das cobranças relacionadas ao denominado "SEGURO CARTÃO PROTEG CRED", declarando-se inexistente o débito acumulado a esse título durante toda a vigência do contrato firmado entre as partes, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Reconhecida a sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento das despesas processuais a que tiver dado causa e com o pagamento dos honorários de seus respectivos patronos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008046-85.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelado PÁTIO SANTO AMARO ESTACIONAMENTO S/S LTDA., é apelado/apelante ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso adesivo, prejudicado reclamo da autora, por votação unânime", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.112)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA E ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 11 de março de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: DESPESAS COM ESTADIA - VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - PRETENSÃO DEDUZIDA PELA EMPRESA QUE ADMINISTRA O PÁTIO, EM FACE DA ARRENDADORA - PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM, LIMITANDO A COBRANÇA A TRINTA DIAS - INSURGÊNCIA DAS PARTES - QUESTÃO DIRIMIDA PELO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (ART. 543-C CPC) - RESPONSABILIDADE QUE RECAI SOBRE O ARRENDATÁRIO, ENQUANTO VIGENTE O ARRENDAMENTO - PLEITO INICIAL IMPROCEDENTE - RECURSO ADESIVO PROVIDO, PREJUDICADO RECLAMO DA AUTORA.

VOTO

Apelações interpostas contra r. sentença lançada a fls. L 86/90, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial deduzido em ação de obrigação de fazer c/c cobrança, condenada a requerida à remoção imediata do veículo do pátio da autora, além do pagamento da estadia correspondente aos primeiros trinta dias, constatada a sucumbência recíproca.

Recurso da autora busca ampliar a condenação à totalidade do período referente à estadia do veículo, eis que inaplicável a limitação prevista no art. 262 do Código de Trânsito Brasileiro.

Adesivo insiste na denunciação da lide ao arrendatário, realçando, no mérito, a negligência da autora quanto à tardia notificação enviada para noticiar a apreensão do bem.

Recursos regularmente processados e contrariados.

É o breve relatório.

Acesso ao Sumário

Analisadas em conjunto as inconformidades, no interessante prospera apenas o adesivo.

De proêmio, análise das condições da ação ***in statu assertione*** conduz ao afastamento da alegada ilegitimidade passiva ***ad causam***, bastando ver que à demandada se atribui a responsabilidade ao argumento de que é proprietária do veículo apreendido. Aliás, afirmar ilegitimidade porque não é responsável por qualquer pagamento, como sustenta a arrendadora, envolve questão intimamente meritória.

Versão fática incontroversa, a presente demanda envolve a responsabilidade pelo pagamento das despesas de remoção e estadia do veículo discriminado na petição inicial - Renault Clio RL placas CHM-5140 - objeto de arrendamento mercantil firmado entre a ré e terceiro, custodiado no pátio da autora em razão de apreensão promovida por autoridade policial.

A despeito de meu posicionamento anterior, onde pouco importando o motivo da apreensão a responsabilidade pelo pagamento do serviço de custódia/estadia deveria ser atribuído à arrendadora proprietária da coisa, dado o caráter ***propter rem*** da obrigação, ressalvado o direito de regresso, impõe-se pronta alteração.

Isto porque, submetida a questão ao C. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de recurso repetitivo - art. 543-C, do Código de Processo Civil - definiu-se que a responsabilidade pelo pagamento das despesas postuladas nesta lide incorre ao arrendatário, eis que equiparado ao proprietário do bem durante vigência do arrendamento:

"ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. INFRAÇÃO. DESPESAS DE REMOÇÃO E ESTADIA DE VEÍCULO APREENDIDO. RESPONSABILIDADE DO ARRENDATÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. MULTA. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o credor fiduciário deve ser responsabilizado pelo pagamento de despesas decorrentes de remoção e estadia de veículo apreendido em razão de infração à legislação de trânsito pelo devedor fiduciante. 2. ***Consoante orientação pacífica da Primeira Seção do STJ (art. 543-C do CPC), 'As despesas relativas à remoção, guarda e conservação de veículo apreendido no caso de arrendamento mercantil, independentemente da natureza da infração que deu origem à apreensão do veículo e ainda que haja posterior retomada da posse do bem pelo arrendante, são da responsabilidade do arrendatário, que se equipara ao proprietário enquanto em vigor o contrato de arrendamento' (REsp 1.114.406/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido DJe 9/5/2011)****. 3. Agravo Regimental não provido. Multa fixada em 10% do valor atualizado da causa."* (AgRg no AREsp 163.799/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012) -

Acesso ao Sumário

negritou-se.

Na mesma linha de raciocínio, precedentes desta Corte contemplam o entendimento sedimentado no C. STJ, consoante se afere:

"As despesas relativas à remoção, guarda e conservação de veículo apreendido no caso de arrendamento mercantil, independentemente da natureza da infração que deu origem à apreensão do veículo e ainda que haja posterior retomada da posse do bem pelo arrendante, são da responsabilidade do arrendatário. As do veículo objeto de alienação fiduciária, do devedor fiduciante" (Agravo de Instrumento nº 0303654-39.2011.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 13.4.2012, rel. Des. Celso Pimentel). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 2012872-62.2013.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 10.09.2013, rel. Des. Júlio Vidal; Apelação nº 9088477-31.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27.09.2011, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei; Agravo de Instrumento nº 0075572-79.2011.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 24.4.2012, rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville.

Consequência lógica do desate ora imposto, improcedência do pleito inicial impõe à autora a sucumbência, respondendo pelas custas processuais e honorária advocatícia fixada em R$1.500,00 (art. 20, § 4º, do CPC), ressalvada a gratuidade processual a que faz jus (fls. 43).

Ante o exposto, dou provimento ao adesivo, prejudicado o recurso principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0150894-96.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SG - VIAGENS E TURISMO LTDA. - EPP, é apelado REPRESENTATIONS ALL WORLD S.R.L..

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6236)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA E MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 12 de março de 2014.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. Reconhecimento. Pertinência subjetiva da recorrente para responder pela dívida oriunda do negócio jurídico objeto do pedido monitório. Apelante e terceira empresa pertencentes ao mesmo grupo econômico. Responsabilidade solidária entre elas. Procedência da demanda para constituir de pleno direito o título executivo judicial. Sentença mantida.

Impugnação aos valores cobrados somente nas razões recursais. Impossibilidade. Inovação reconhecida. Ofensa aos artigos 515 e 517 do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido.

RECURSO NÃO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 295/296, que julgou procedente a ação monitória para constituir o título executivo em favor da autora no valor de R$. 37.096,97. Condenou a ré, ainda, a arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor do título.

Busca a embargante a reforma do julgado (fls. 298/319). Sustenta, preliminarmente, ilegitimidade passiva, pois a mera identidade de endereço não é suficiente para caracterizar que as empresas fazem parte do mesmo grupo econômico. Enfatiza que não existe qualquer vinculação societária entre a SG Viagens e Turismo Ltda. EPP e a All World Viagens e Turismo, pleiteando, por isso, que seja afastada a responsabilidade solidária delas. No mérito, relata que os depósitos juntados aos autos não guardam qualquer relação com a apelante e tampouco significam que a recorrente tenha assumido qualquer obrigação da All World para com a apelada. Impugna os valores cobrados na inicial e, por fim, defende a inexistência de prova escrita com eficácia de título executivo.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 320/322) e respondido (fls. 328/333).

VOTO

Bem reconhecida a legitimidade passiva da recorrente para a demanda.

De se ressaltar que a apelante e a empresa All World Viagens e Turismo Ltda. possuem sede no mesmo endereço, ou seja, na avenida São Luiz, nº 88, São Paulo, havendo diferença, apenas, dos andares ocupados por uma e outra. É o que revela a comparação das fichas cadastrais de ambas (fls. 24/26 e 25/248).

Acesso ao Sumário

Por outro lado, relevante notar que a recorrente tem como sócio e administrador Mário Sérgio Guanais (fls. 25), enquanto a ficha cadastral da empresa All World indica a mesma pessoa também como sócio e administrador.

E mais: ambas as empresas possuem o mesmo objeto social, desenvolvendo suas atividades na área de turismo.

Aspecto a ser considerado, ainda, é o fato de a recorrente afirmar desconhecer o contrato de representação firmado entre as partes, quando se nota que o subscritor do referido documento é, justamente, o já mencionado Mário Sérgio Maia Guanais, mesma pessoa que outorgou a procuração às advogadas constituídas para promover a defesa de seus interesses nos autos (fls. 85 e 92/103).

Por fim, os depósitos efetuados pela recorrente em favor da autora, o foram em nome da All Word Viagens e Turismos Ltda. (fls. 48/57), de modo a tornar lícita a conclusão acerca da existência de relação comercial entre as partes, fato revelador, assim, de que são empresas do mesmo grupo econômico, não obstante formalmente distintas.

De fato, não se evidencia plausível concluir que duas empresas similares desenvolvam suas atividades sem identidade de patrimônio e administração. As coincidências constatadas nos documentos mencionados não deixam dúvida de que há identidade entre elas, a justificar o reconhecimento de responsabilidade solidária pela dívida cobrada.

Guardadas as diferenças dos casos concretos, nesse sentido cumpre trazer à colação os precedentes que seguem:

> "PRELIMINAR. Ilegitimidade passiva - O Itaú Unibanco S/A é parte legítima para responder a demanda, pois que faz parte do mesmo grupo econômico do Banco Itaucard S/A - Preliminar afastada.
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral - Inexistência de relação jurídica entre as partes - Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes - Existência de correlação entre a conduta da instituição bancária e o dano causado - Teoria do Risco Profissional - Artigo 927 do Código Civil - Hipótese de dano moral presumido - Indenização devida - Dano moral existente - Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça - Ausência de fato novo - Desnecessária repetição dos adequados fundamentos expendidos pela r. sentença recorrida - Precedentes do TJSP - Sentença mantida Recurso não provido" (Apelação nº 0194074-36.2009.8.26.0100, Rel. Des. Hélio Faria, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 26.09.2012).
>
> "CITAÇÃO - Ato indispensável para integração do polo passivo e efetivação de ato expropriatório sobre o patrimônio - Desnecessidade quando se trata de grupo econômico - Preliminar afastada - Recurso

Acesso ao Sumário

improvido.

ILEGITIMIDADE PASSIVA - Alegação de compor pessoa jurídica diversa da executada, com CNPJ e sócios distintos - Declaração que se confunde com o mérito e com ele deve ser analisada - Preliminar afastada - Recurso improvido.

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade solidária - Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico - Admissibilidade - Decisão mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido" (Apelação nº 0144715-87.2013.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 03.09.2013).

No mais, inadmissível o exame de impugnação aos valores cobrados se, como na espécie, perante o juízo *a quo* nada se deduziu, cumprindo enfatizar que os embargos defenderam apenas a ilegitimidade passiva *ad causam* da apelante. Impugnar, só agora, o crédito objeto do pedido monitório constitui inovação do tema de defesa em flagrante supressão de instância e afronta às disposições dos artigos 515 e 517 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DEVEDOR. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIAÇÃO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VIOLAÇÃO AO ART. 515 E 517 DO CPC.

1. O art. 515, *caput* e § 1, do CPC dispõe sobre o efeito devolutivo da apelação, ou seja, ao Tribunal só é dado avaliar as questões suscitadas e discutidas no processo em primeiro grau. Vale dizer, se determinada questão não foi colocada ao julgamento do magistrado *a quo*, o Tribunal não pode apreciá-la (princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*). Essa regra geral é confirmada pela leitura do art. 517 da Lei Adjetiva Civil, que traz a exceção.

2. Portanto, só é possível inovação da causa de pedir em sede de razões de apelação se a nova matéria a ser discutida não pôde ser levada ao primeiro grau por motivos de força maior. Além disso, é claro, o segundo grau sempre pode conhecer das matérias de ordem pública, mas isso em razão do efeito translativo (art. 267, § 3º, do CPC).

3.(...)

4. Recurso especial provido." (REsp 884983/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008).

Nesse contexto, tendo em vista que os documentos que acompanharam a inicial, somados ao contrato de representação trazido aos autos pela própria recorrente (fls. 92/103), comprovam a existência de relação jurídica entre as

Acesso ao Sumário

partes, bem como a existência do crédito reclamado, impõe-se a manutenção da decisão que constituiu título executivo em favor da apelada, pelo valor descrito na inicial.

Ante o exposto, na parte conhecida, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009256-72.2011.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA ALICE CARLO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA DIRCE CARLO ANTONIO (JUSTIÇA GRATUITA) e ADÉLIA GRANDE CARLO ANTONIO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MANUEL FERNANDO RODRIGUES e BENTO DA CONCEIÇÃO DA SILVA RODRIGUES.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO E FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 12 de março de 2014.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: POSSESSÓRIA - Ação de reintegração de posse - Nulidades - Inocorrência - Ausência de designação de audiência de justificação - A matéria trazida no recurso pelas apelantes já foi examinada e decidida em agravo de instrumento anteriormente interposto, de modo que não é dado à parte provocar a discussão no processo de questão já decidida a respeito da qual se operou a preclusão. Inteligência do art. 473 do CPC - Cerceamento de defesa - O julgamento antecipado é faculdade do Magistrado, segundo o princípio do livre convencimento, sem que isso importe em qualquer nulidade, sobretudo nos casos como o dos autos, em que a produção de outras provas revelava-se desnecessária para o desate do litígio - Ilegitimidade ativa não caracterizada -

Acesso ao Sumário

Julgamento *extra petita* - Inocorrência - Preliminares afastadas - Com a decretação da revelia, reputam-se como verdadeiros os fatos articulados na inicial, com o que sequer seria necessária a comprovação do acervo fático descrito na inicial - Inteligência do artigo 319 do CPC - Comodato verbal evidenciado - Notificação das rés para desocupação do imóvel, não atendida - Posse que, a partir de então, se tornou de má-fé - Esbulho caracterizado - Ação julgada procedente - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 276/278, cujo relatório se adota, a qual julgou procedente ação de reintegração de posse, tornando definitiva a liminar concedida e reintegrando os autores na posse do bem descrito na inicial. Condenou, também, aos alugueres que deverão ser pagos pelas rés a partir do vencimento do prazo estabelecido para sua saída, pelo tempo que ocuparem indevidamente o imóvel, o que será apurado por meio de perícia a ser designada. Em razão da sucumbência, condenou as requeridas no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor estimado à causa, com correção monetária na forma da lei e com a observação contida no art. 12 da Lei nº 1060/50.

Inconformadas, apelaram as rés sucumbentes às fls. 284/309, alegando, preliminarmente, a nulidade absoluta do processo por ausência de audiência de justificação da posse e o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Quanto ao mérito, impugnam a fundamentação da sentença ao reconhecer a validade de um contrato de comodato em que elas não são partes. Argumentam que "o contrato de comodato foi declarado por sentença trabalhista, que não faz coisa julgada na área cível, além do que as ações ainda estão *sub judice*, ressaltando ainda que a esfera trabalhista não tem condão de declarar um ato civil, ou seja, a existência de um contrato de comodato". Defendem a impossibilidade de notificação por parte do autor para que elas saíssem do imóvel por residirem nele desde 1986, tendo adquirido o domínio do bem via usucapião. Asseveram que na hipótese de não reconhecimento do usucapião, postulam o pagamento de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel. Alegam ainda a ilegitimidade ativa dos autores, pois eles jamais tiveram a posse do imóvel, de modo que não houve a comprovação do esbulho. Por fim, insurgem-se contra a condenação a título de aluguéis sustentando que houve o julgamento *extra petita*, uma vez que os autores na petição inicial postularam a fixação de aluguel somente se não ocorresse a desocupação do imóvel e no caso dos autos afirmam que desocuparam voluntariamente o bem, razão pela qual entendem que não

Acesso ao Sumário

podem ser condenadas a pagar esses valores.

Recurso tempestivo, respondido (fls. 316/337) e sem preparo, em virtude de concessão de assistência judiciária gratuita (fls. 131).

É o relatório.

2.- Não assiste razão às apelantes.

Primeiramente, a respeito da preliminar de nulidade absoluta do processo pela ausência de audiência de justificação da posse, alegam as apelantes a negativa de vigência ao artigo 928 do CPC[1] além do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

Contudo, cumpre ressaltar que esta questão já foi decida por esta Câmara, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 0126068-15.2011.8.216.0000 (fls. 206/208), que negou provimento ao recurso, pois manifestou entendimento no sentido de que "era desnecessária a audiência de prévia justificação, por serem suficientes os documentos apresentados para formação do juízo provisório acerca do esbulho narrado na inicial. Os autores lograram demonstrar os requisitos necessários à concessão da liminar, quais sejam, a posse indireta do imóvel, o esbulho ocorrido e sua data, conforme notificação extrajudicial datada de 25/03/11 (fls. 106/110), além da perda da posse, caracterizada pela permanência das requeridas no imóvel após o término do prazo de trinta dias de desocupação." (fls. 207/208).

Assim, a questão a respeito da audiência de justificação trazida pelas apelantes já foi examinada e decidida no recurso anterior, de modo que a matéria foi julgada e não comporta reexame, porquanto, nos exatos termos do art. 473 do Código de Processo Civil, "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Ainda em matéria preliminar, alegam as apelantes cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, em ofensa ao art. 322, parágrafo único, do CPC[2], pois não foi concedida a elas a oportunidade de interferência no processo, dentro da fase instrutória, para que fossem produzidas as provas solicitadas, mesmo reconhecida a revelia.

O decreto de revelia gera presunção relativa de veracidade dos fatos narrados pelos autores, e não acarreta a automática procedência do pedido, pois a sentença deve estar embasada nos demais elementos e provas presentes nos

Acesso ao Sumário

1 Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.
Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

2 Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.
Parágrafo único O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

autos.

É certo que não há impedimento ao pedido de produção de provas por parte do réu revel, entretanto, cabe ao magistrado a decisão quanto ao acolhimento de tal pedido, baseado no princípio do livre convencimento fundamentado, sem que isso importe em qualquer nulidade, sobretudo nos casos como o dos autos, em que se revelava desnecessária dilação probatória para o desate do litígio.

A esse respeito, é a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

> "O julgamento antecipado da lide justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua cognição sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a desnecessidade da realização da fase instrutória, suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das providências preliminares, é dizer, ao ensejo da fase ordinatória"[3]

Na hipótese em exame, os documentos juntados e os demais elementos presentes nos autos mostravam-se suficientes ao conhecimento dos fatos e consequente julgamento da ação, de modo que, inexistindo controvérsia de fato a ser sanada, era imperativo o julgamento antecipado da lide, não se vislumbrando, portanto, cerceamento de defesa a justificar a anulação da sentença.

De outra parte, não pode ser acolhida a alegação de ilegitimidade de parte ativa.

Isso porque os autores demonstraram ter cumprido os pressupostos do art. 927 do CPC, que diz:

> "Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração."

E como bem observou o magistrado, "restou comprovado, por meio do documento de fls. 25, que os autores se tornaram possuidores do imóvel descrito na inicial desde 03.10.1969, e desde então exercem a posse do mesmo mediante o recolhimento de impostos cujos comprovantes colacionaram nos autos". (fls. 278).

Acesso ao Sumário

A sentença não pode ser considerada *extra petita* ao decidir a respeito da indenização estipulada a título de aluguel.

Isso porque a fixação de uma contraprestação pelo uso do imóvel tem por objetivo afastar o enriquecimento ilícito das rés, que ciente de que não mais poderiam ficar no imóvel, após ser devidamente notificadas, continuaram usufruindo o bem de maneira irregular.

3 Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, v. 2, t. 1, ed. Saraiva, p. 219.

A propósito, dispõe o art. 582, do Código Civil:

"O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante".

E como afirmaram os próprios apelados em suas contrarrazões (fls. 336) "houve pedido expresso de condenação ao pagamento de aluguel, conforme se verifica do item e5 da exordial (fls. 18)". Logo, o magistrado ao proferir a sentença, limitou-se ao pedido expresso na inicial, de modo que esta guarda relação com o objeto da demanda.

Desta forma, as preliminares suscitadas pelas apeladas devem ser rejeitadas.

No tocante ao mérito, o inconformismo recursal não se justifica.

Trata-se de ação de reintegração de posse com pedido de liminar cumulado com cominação de pena pecuniária e fixação de aluguel, sob a alegação de que o imóvel foi cedido em comodato a Miguel Luiz França cunhado e genro, respectivamente, das rés em 1985 (fls. 33). Sucede que no ano seguinte, a pedido do comodatário os autores, ora apelados, consentiram que suas cunhadas e sogra vivessem no imóvel em questão, também em regime de comodato, que, no caso, foi verbal e por tempo indeterminado.

Os apelados afirmaram em sua petição inicial que não mais interessados na permanência do contrato, enviaram notificação extrajudicial às apelantes para que se retirassem do imóvel em 30 dias (fls. 87/92), o que não foi cumprido ensejando o presente feito.

A sentença apelada bem analisou a questão e deve ser mantida. Contudo, cabe acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

Na espécie, houve a aplicação dos efeitos da revelia (fls. 276/278), tendo em vista a intempestividade da contestação maneja pelas rés (fl. 274). E em se tratando de réu revel, o art. 319 do CPC[4] confere presunção de veracidade aos fatos alegados, com o que sequer seria necessária a comprovação do acervo fático descrito na inicial.

Com efeito, a alegação dos autores no sentido de que celebraram com as rés contrato verbal de comodato, referente ao imóvel descrito na exordial, deve ser aceita como verdadeira.

De outra parte, não se justifica a alegação das recorrentes de que não seria possível a sentença reconhecer a validade de um contrato de comodato em que elas não são partes.

Verifica-se que a prova documental produzida pelos autores demonstra a

4 Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Acesso ao Sumário

existência de um contrato de comodato escrito celebrado entre o coautor Manuel Fernando Rodrigues com Miguel Luiz França, cunhado e genro das rés (fls. 33).

Conforme bem frisou o juízo *a quo*:

> "O imóvel versado foi dado em comodato à pessoa de Miguel Luiz França aos 25.04.1987 (fls. 33), e quase um ano após com ele passou a residir a ré Maria Alice Carlo Nascimento (fls. 37), acompanhada de sua mãe, a também ré Adélia Grande Carlo Nascimento, assim como Maria Dirce. Todas elas ingressaram com ação trabalhista em face dos autores, porém, sem sucesso, haja vista o reconhecimento do contrato de comodato. E sobredito contrato, denunciado, deu lugar ante a resistência das rés em desocupar o imóvel, ao esbulho possessório, cuja liminar, deferida, foi cumprida"

Na hipótese dos autos, há fortes evidencias de que o que ocorreu foi um subcomodato, no qual o antigo comodatário (Miguel Luiz França) cedeu o imóvel às rés ao permitir que elas passassem a residir juntamente com ele no bem, sendo certo que, antes disso, contou com a anuência do proprietário que consentiu que as cunhadas e sogra do sr. Miguel vivessem no imóvel em questão, também em regime de comodato, que, no caso, se deu de forma verbal e por tempo indeterminado. Assim, o comodato se manteve e não houve inversão da posse, que se manteve precária.

Cumpre registrar que a figura do subcomodato é admitida pela doutrina, como apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> "Outra intrigante discussão concerne à possibilidade de comodato celebrado pelo próprio comodatário. Quem recebe um bem em comodato pode emprestá-lo gratuitamente, de novo? É a hipótese de subcomodato. Pois bem, observando a *ratio essendi* deste contrato e a necessária confiança que permeia os negócios jurídicos (boa-fé objetiva), parece-nos que o empréstimo gratuito celebrado pelo comodante tem como alvo, fundamentalmente, a pessoa do comodatário. Por isso, entendemos que, somente com a expressa anuência do comodante, pode o comodatário celebrar subcomodato. Sem tal consentimento, trata-se de abuso do direito, com desvio da finalidade negocial"[5]

Logo, caracterizado o comodato verbal sobre o imóvel, a procedência da ação possessória é medida que se impõe.

Também não merece guarida a alegação de que o reconhecimento do contrato na sentença trabalhista não faz coisa julgada na área cível, além do que as ações ainda estão *sub judice*, por não ter a esfera a trabalhista o condão de declarar um ato civil, ou seja, a existência de um contrato de comodato.

Importa notar que os autores juntaram aos autos cópias das reclamações trabalhistas promovidas pelas rés em face dos autores que foram julgadas

Acesso ao Sumário

5 Direito dos Contratos, Ed. Lumen Juris, p. 847.

improcedentes (fls. 79/83, 85/86 e 338/344), por não reconhecerem a existência de vinculo empregatício entre as partes. Afirmaram ainda que já houve o trânsito em julgado dessas ações (fls. 329) e que restou consignado na da fundamentação da sentença de fls. 343 que de fato existiu mesmo o contrato de comodato entre as partes.

Esses documentos corroboram com as alegações apresentadas pelos autores evidenciando a realização do contrato verbal de comodato entre as partes, mas não foram só eles que ensejaram a procedência da ação.

Isso porque para formar a sua convicção e julgar procedente o pedido o magistrado levou em conta todo o conjunto probatório documental apresentado no processo, como por exemplo, o contrato de comodato anterior firmado entre o coautor e o Sr. Miguel Luiz França cunhado e genro das apelantes e não apenas as sentenças proferidas na esfera trabalhista.

De outra parte, temos que as apelantes pretendem, de forma transversa, a análise da existência de usucapião, que deveria ter sido arguida em contestação tempestivamente protocolizada.

Outrossim, comprovado o comodato e caracterizado que as rés detinham a posse precária do imóvel não se há falar em usucapião do bem nem em indenização por benfeitoria.

Nesse sentido, Tribunal de Justiça já se pronunciou, conforme voto de lavra do desembargador Sebastião Junqueira:

> "REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Comodato verbal - Prazo indeterminado - Notificação - Recusa para desocupar - Inteligência do art. 927 do CPC - Pedido de reconhecimento de usucapião - Impossibilidade - Revelia - Presunção de veracidade - Inteligência do art. 319 do CPC - Esbulho caracterizado - Ação procedente - Decisão mantida"[6].

Assim, a revelia foi bem reconhecida e a presunção de veracidade dos fatos descritos na inicial qual seja, de que as requeridas, então comodatárias do imóvel, foram comunicadas a desocupar o bem, há de ser mantida também nessa instância recursal, entendendo-se, pois, caracterizado o esbulho possessório do bem imóvel.

3.- Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0127582-57.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO

6 Apelação nº 0005637-39.2010.8.26.0338, rel. Des. Sebastião Junqueira, j. 30.07.2012.

Acesso ao Sumário

NATAL ZILIO, é apelado LUCKY COBRANÇAS E COMÉRCIO LTDA..

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 12 de março de 2014.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO - PROTESTO INDEVIDO - ENDOSSO MANDATO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA. Sob a ótica da Súmula 476, do STJ e do REsp 1063474/RS (STJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 17/11/2011), julgado sob o regime do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), o endossatário de título de crédito por endosso-mandato somente possui legitimidade passiva em razão de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário ou se praticar ato culposo próprio. Assim, é de se identificar que, diante da conduta imputada à Apelada, patente está a sua legitimidade de suportar a respectiva sentença de mérito acerca da pretensão inicial (*vg*. prática de ato culposo próprio ao enviar a protesto nota promissória prescrita). - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por RICARDO NATAL ZILIO, nos autos da "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA" que move face de LUCKY COBRANÇAS E COMÉRCIO LTDA., cujos pedidos iniciais foram julgados extintos, sem resolução de mérito, com fulcro art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, nos moldes da sentença de fls. 138/139vº, do Juiz

FÁBIO DE SOUZA PIMENTA, da qual o relatório se adota.

Inconformado, o Apelante recorre, destacando, em síntese, que a Apelada é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, já que foi ela que enviou indevidamente o título a protesto e que deve ser condenada nas penas por litigância de má-fé (fls. 143/154).

O recurso foi preparado (fls. 155/156) e recebido no duplo efeito (fl. 159).

Por fim, consigno que a Apelada ofereceu contrarrazões recursais às fls. 163/167.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, a sentença deve ser anulada.

Como é cediço, a legitimidade da parte é "*...a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, **bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença***" (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1. p. 235) (Grifei).

A ação só pode ser exercida pelo sedizente titular de uma situação legitimante (legitimidade ativa), em face de quem figure como responsável pelo cumprimento da obrigação correspondente (legitimidade passiva). Deve, pois, ser analisada tanto em face do autor quanto do réu e, por isso, nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material.

Neste diapasão, sob a ótica da Súmula 476, do STJ e do REsp 1063474/RS (STJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 17/11/2011), julgado sob o regime do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), o endossatário de título de crédito por endosso-mandato somente possui legitimidade passiva em razão de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário ou se praticar ato culposo próprio.

No caso em tela, é de se observar que a nota promissória emitida pelo Apelante em 31 de agosto de 1995 fora levada a protesto pela Apelada perante o 1º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de São Paulo - Capital (fl. 14), sendo certo que tal apontamento foi excluído do registro do referido tabelionato desde, pelo menos, 12 de março de 2012 (fl. 15).

Ocorre, contudo, que o documento de fl. 16 demonstra que a Apelada realizou novo protesto da mesma nota promissória perante o Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Santa Isabel - SP, em 30 de setembro de 2009.

Assim, é de se identificar que, diante da conduta imputada à Apelada, patente está a sua legitimidade de suportar a respectiva sentença de mérito acerca da pretensão inicial (*vg*. prática de ato culposo próprio ao enviar a protesto nota promissória prescrita).

Acesso ao Sumário

Assim, de rigor a anulação da sentença, posto que patente a legitimidade passiva da Apelada.

Deixo de apreciar o mérito da controvérsia nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, já que a causa não se encontra madura para julgamento, já que há necessidade do Juízo *a quo* apreciar o pedido de denunciação da lide em relação ao Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Santa Isabel - SP, além do feito prescindir de produção de outras provas, para aferir de que forma o título em questão foi protestado em duplicidade.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para reconhecer a legitimidade passiva da Apelada e determinar o regular processamento do feito**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013574-34.2010.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO LUIZ S/A (SUCESSOR POR INCORP DE HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO LUIS S/A), é apelada HAYLA FERNANDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o 3º julgador que o desprovia e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26530)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA E LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Serviço médico-hospitalar - Ação declaratória de inexistência de débito - Se a autora não nega a correta prestação do serviço médico-hospitalar em benefício de sua mãe, a cujo pagamento se obrigou, mas admite que não pagou o valor correspondente, persiste a obrigação de pagar - Caráter emergencial e estado de perigo que teriam viciado a manifestação de vontade quando da assinatura do contrato - Inocorrência -

Os fatos narrados não revelam tal vício, ausentes seus elementos objetivo e subjetivo - Ausência de comprovação da recusa de cobertura do plano de saúde não é oponível ao hospital, cuja relação jurídica se restringe ao termo de responsabilidade firmado com a responsável pela paciente - Subsistência da obrigação assumida - Ação declaratória improcedente - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

1. Sentença que julgou procedente a ação, para o fim de declarar inexistente, em relação à autora, a dívida cobrada pelo nosocômio-réu, no montante de R$ 11.384,56, confirmando a tutela antecipada.

Apela o réu, sustentando que a contratação de seus serviços pela autora foi perfeita, tendo sido o serviço corretamente prestado, de modo que é patente seu direito de cobrança em razão da efetiva internação da mãe da requerente. Aduz que não houve vício de consentimento na celebração do negócio jurídico, devendo ser observado o princípio do *pacta sunt servanda*.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito, cuja sentença de procedência merece reforma, preservado o entendimento da juíza *a quo*.

Na petição inicial, a autora relata que levou sua mãe ao hospital administrado pelo réu para realização de atendimento médico de emergência, tendo-lhe sido informado que o plano de saúde da paciente cobriria os custos da internação, da cirurgia e do restante do tratamento, o que não se verificou ao final.

Sustenta que jamais autorizou que lhe fosse cobrado qualquer valor diretamente em razão do atendimento médico-hospitalar de sua mãe, qualificando a conduta do nosocômio-réu como prática abusiva à luz da legislação consumerista.

Na sentença, a juíza da causa acatou as razões iniciais, ressaltando o caráter emergencial do atendimento e a responsabilidade do plano de saúde "Medial" pelos gastos havidos no tratamento da enfermidade.

Ocorre que, como se verá a seguir, o contrato que dá lastro ao débito é claro no que concerne à responsabilidade da autora pelo pagamento das despesas oriundas do atendimento médico-hospitalar de sua mãe em caso de negativa de cobertura por parte do plano de saúde.

Ver-se-á, ainda, que eventual responsabilidade da "Medial Saúde" não poderia ser reconhecida nesta sede, dado que ela nem ao menos é parte no feito e, bem assim, tal não poderia ser oponível ao hospital, que prestou os serviços

Acesso ao Sumário

e pode cobrar de quem se responsabilizou pelo pagamento, não havendo que se cogitar de vício de consentimento em razão do caráter emergencial.

2.2. Depreende-se dos autos que é incontroversa a contratação dos serviços médico-hospitalares pela autora, em favor de sua mãe, na data de 23-11-2009, conforme o "*Contrato de Prestação de Serviços Médico-Hospitalares*" (fl. 177).

Também se infere daquele documento que a autora tinha ciência de que haveria despesas no período de internação, esclarecidas naquele contrato, assumindo, solidariamente com o paciente, a responsabilidade pelo pagamento.

Confira-se, dentre os outros dispositivos que preveem a responsabilidade da autora pelo pagamento dos serviços, o teor da Cláusula 2ª do referido contrato:

"*O CONTRATANTE assume, perante o CONTRATADO, inteira responsabilidade por estas solicitação e autorização, bem como pelo pagamento de todas as despesas e valores decorrentes dos serviços prestados, inclusive despesas gerais, conta hospitalar e honorários médicos,* ***quando sendo o paciente beneficiário de plano de saúde, convênio/contrato/seguro saúde, seguro-saúde, a operadora de plano de saúde, a empresa contratante dos serviços e/ou seguradora de saúde que mantenha contrato com o CONTRATADO não assumir, não autorizar os serviços necessários e/ou eles sejam objeto de discussão entre elas e o paciente (...)***." (sem os destaques no original).

Some-se a isso o fato de que não nega a contratante a correta prestação dos serviços discriminados nos documentos acostados à contestação, tampouco que houve a negativa de cobertura das referidas despesas por parte da operadora de plano de saúde à qual sua mãe é conveniada.

Ora, se a autora não nega a correta prestação do serviço e admite que não pagou o valor correspondente - pois insiste na tese de que não seria responsável pelo pagamento -, a ação que propôs só pode ser improcedente.

Ressalte-se, ainda, consoante a doutrina e a vasta jurisprudência deste Tribunal, não há falar-se de vício de consentimento ou prática abusiva na contratação, ainda que se considere seu caráter emergencial.

Acesso ao Sumário

Não há cláusula abusiva, notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, de modo a quebrar o equilíbrio entre os contratantes, outorgando ao estipulante todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retirados os benefícios e a quem são carreados todos os ônus derivados da avença.

Tampouco há que se falar em defeito no negócio jurídico, pois ausente nos autos qualquer elemento que revele o alegado estado de perigo quando da contratação, a desincumbir a autora do adimplemento de sua obrigação.

Conquanto o estado de saúde da mãe da autora sensibilize sobremaneira, pelo aspecto humano, não se pode, contudo, mudar a realidade jurídica das

situações.

Compreensível a pressão psicológica a que foi submetida a autora, o que não implica necessariamente constrangimento ilegal.

Não houve exposição da autora a uma situação de vício de vontade por estado de perigo, pois, como é sabido, para sua configuração é necessário o concurso de elementos especiais **objetivos** e **subjetivos**.

Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "*do ponto de vista* objetivo, *o contrato para ter-se como anulável deverá representar, para a vítima, a assunção de obrigação excessivamente onerosa. (...) O importante é que, segundo os ditames da boa-fé e da equidade, o negócio praticado seja visto como iníquo e injustificável, acarretando uma oneração para a vítima do estado de perigo não compatível com o negócio que se praticasse fora do contexto de perigo*" (cf. Comentários ao novo Código Civil, v. 3, t. 1: livro III - Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 210-211).

Nesse sentido, inexiste o elemento objetivo do estado de perigo, pois a oneração acarretada a quem se comprometeu a pagar pelos serviços médico-hospitalares seria a mesma em qualquer situação, de risco iminente de morte ou não, uma vez que se utilizou a tabela de preços correntemente praticados pelo hospital.

Sobre o segundo elemento do estado de perigo, prossegue o citado autor: "*do ponto de vista* subjetivo, *a configuração do vício de consentimento depende de a situação de perigo ter provocado um constrangimento capaz de induzir a vítima a determinar sua vontade negocial sem dispor de plena liberdade e consciência (...). O fato de o negócio ter sido ajustado para salvar alguém de perigo grave, mesmo com certa onerosidade, não é só por isso, anulável. O vício, para contaminar o contrato, dependerá da má-fé do contratante, ou seja, do abuso cometido com base na situação de perigo.*" (ob. cit., p. 212).

É o que CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA denominou "*dolo de aproveitamento*" e "*que se configura pela consciência acerca da situação de inferioridade de quem é exigida a prestação excessivamente onerosa*" (cf. Instituições de Direito Civil, v. 1. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 547, *apud* Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. I. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 296).

Não se vislumbra igualmente a presença do elemento subjetivo, ausente qualquer dolo por parte do hospital, que prestou seus serviços à mãe da autora como faria se o paciente fosse qualquer outra pessoa.

Sabe-se, ademais, que todos vivem de alguma maneira sob pressão não ilícita, notadamente quando devedores, ou quando precisam assinar termo de responsabilidade ou nota promissória para garantir a prestação de serviço

Acesso ao Sumário

essencial à vida ou à saúde.

Nem poderia a autora ignorar a possibilidade de o plano de saúde não cobrir os gastos relativos ao tratamento hospitalar, como demonstra a ressalva inserida no termo de responsabilidade emitido naquela ocasião.

Diga-se, mais, que há apenas duas relações jurídicas ligadas ao caso concreto, quais sejam, aquela que envolve o paciente e o plano de saúde e a relação contratual *sub judice*, de modo que a ausência de comprovação de recusa da cobertura não é oponível ao hospital.

Tal é o entendimento deste Tribunal, em casos análogos:

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES - AÇÃO DE COBRANÇA - TERMO DE RESPONSABILIDADE COM ASSUNÇÃO DE DÍVIDA ASSINADO PELO MARIDO DA PACIENTE, NO MOMENTO DA INTERNAÇÃO, SE RESPONSABILIZANDO POR TODOS OS VALORES DECORRENTES - VALIDADE E EFICÁCIA - COAÇÃO - INEXISTÊNCIA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA - RECURSO PROVIDO. I - Prestados os serviços médico-hospitalares pela entidade hospitalar mantida pelo autor, devida é a remuneração correspondente pelas despesas de internação pelo esposo da paciente, ora réu, que, assinou no momento da internação "Termo de Responsabilidade", responsabilizando-se pelo pagamento das despesas decorrentes, daí de rigor a procedência da presente ação, com a condenação do réu no pagamento da dívida cobrada na demanda. II - Não há como se reconhecer a existência de coação, vício do ato jurídico, na contratação de serviços médico-hospitalares, mesmo em situação emergencial, quando o contrato foi firmado de maneira livre e consciente pelas partes*" (cf. Apel. 9049139-50.2009.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 21/06/2011).

"*AÇÃO DE COBRANÇA - Despesas médicas hospitalares - Responsabilidade assumida pela internação - Serviço prestado - Coação não demonstrada - Validade do contrato firmado entre as partes - Inadimplemento demonstrado - Ausente prova do pagamento - Sentença mantida. Recurso não provido*" (cf. Apel. 992051111585 (988934000), 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 14-9-2009).

Não havendo vício de consentimento e tendo sido o contrato de prestação de serviços firmado de livre e espontânea vontade, não há que se cogitar de cláusula contratual abusiva (art. 51, IV, do CDC) ou em vício no procedimento de cobrança (art. 42 do CDC), prevalecendo a obrigação da autora de pagar pelo serviço contratado e bem prestado.

De mais a mais, como bem ponderou o Des. Francisco Loureiro, "*discutível a alegação de nulidade de título firmado entre paciente e nosocômio, em decorrência da emergência e gravidade da situação. Isso porque, no momento da internação, foi apenas celebrado um contrato de prestação de serviços, o que*

Acesso ao Sumário

nada tem de ilegal. ***Aceitar esse argumento seria afirmar que todo e qualquer instrumento firmado entre prestadores de atendimento médico e pacientes em situação de emergência seria viciado, o que não se pode admitir***" (cf. Apel. 0125666-98-2006.8.26.0002, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sem o destaque no original).

Não comprovado o pagamento, permanece íntegro o direito de crédito do réu e a cobrança é legítima, como já decidiu este Tribunal em casos semelhantes:

"*AÇÃO MONITORIA (DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES) - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - Cobrança com base em termo de responsabilidade assinado pela recorrente quando de sua internação - Alegação da autora no sentido de ter sido levada a erro quando da assinatura dos documentos para atendimento/internação já que se encontrava em precário estado de saúde - Vício de consentimento não evidenciado - Obrigação da ré (paciente) em responder pelo valor dos serviços que lhes foram adequadamente prestados - Sentença mantida - Recurso negado*" (cf. Apel. 9139215-91.2007.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 04-4-2011).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - despesas com medicamentos, exames e internação em Unidade de Terapia intensiva - prestação dos serviços incontroversa - cobrança legítima e devida*" (cf. Apel. 9208284-84.2005.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, j. 15-02-2011).

Por fim, cumpre registrar que eventual responsabilidade da operadora de plano de saúde poderá, sim, ser apurada em sede própria, ocasião em que a autora, caso tenha seu pedido julgado procedente, poderá exercer seu direito de regresso.

2.3. Improcedente a ação, arcará a autora com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 1.000,00 (cf. art. 20, § 4º, do CPC), ressalvada sua condição de beneficiária da assistência judiciária, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

3. Deram provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27405)

Ouso divergir do ilustre Desembargador Relator Sorteado pelas razões que seguem:

Ficou claro que a mãe da autora precisou de atendimento urgente em razão do diagnóstico de apendicite aguda, com necessidade de realização de

Acesso ao Sumário

cirurgia.

Admite-se na contestação que a autora, filha da paciente, assinou o termo responsabilizando-se "pelo pagamento dos serviços prestados pelo Spdo., caso a Medial, operadora do Plano de Saúde do qual a paciente é, ou pelo menos era beneficiária, negasse ou não cobrisse o atendimento/procedimento" (fls. 139), além disso, o réu diz que a autora confessa que sua genitora estaria em período de carência.

Portanto, é incontroverso que a internação ocorreu sob o amparo de convênio médico.

Nessas condições, em primeiro lugar, o requerido teria que efetuar a inequívoca prova de que o convênio recusou o pagamento das despesas reclamadas, com o acompanhamento dos necessários esclarecimentos, para que eventualmente se pudesse averiguar a legitimidade, ou não, dos mesmos.

É que, se a internação é feita sob o amparo de convênio médico, a cláusula segundo a qual a autora responde por despesas não cobertas pelo convênio, revela-se abusiva e incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, na hipótese em que não haja demonstração de inequívoca recusa pelo convênio e ausência de demonstração de eventual legitimidade de eventual recusa.

Ora, na medida em que a internação é feita por convênio médico, deve-se entender que o hospital fica ciente de que não poderá exigir o pagamento do paciente ou responsável, em hipótese de ilegítima recusa de quitação pelo pagamento por parte do convênio.

Esta é a interpretação contratual que deve prevalecer em favor do consumidor e aderente do referido Contrato de Prestação de Serviços.

Os contratos de adesão não são nulos, mas suas cláusulas devem ser interpretadas em favor do aderente, na hipótese de justificado conflito de interpretação.

O eminente Orlando Gomes é claro nesse sentido, ao prelecionar que "o que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido (...). Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício do consentimento. As circunstâncias em que realizam influem na interpretação e aplicação de suas cláusulas, notadamente as impressas" (Contratos, Forense, 8ª Edição, página 137).

Destarte, o que se pode discutir em um contrato de adesão, não é a existência do vínculo jurídico, o qual emana indiscutível, mas sim a interpretação de suas cláusulas, que "em caso de dúvida devem ser interpretadas contra a parte que as ditou". (Obra citada, página 144).

Assim, se o contrato de adesão não é nulo, a realidade é que suas cláusulas

impressas, em caso de conflito entre os contratantes, merecem interpretação em favor do aderente.

Na espécie, é inequívoco que a autora responsabilizou-se pela internação e cirurgia de sua genitora através de convênio médico, o que era de plena ciência do hospital. Ante tal quadro, se o convênio recusa-se a pagar, a responsabilidade somente poderá recair sobre o paciente ou responsável em caso de manifesta e indiscutível legitimidade da recusa, o que não ficou provado no caso dos autos.

Ademais, em caso de manifesta ilegitimidade ou discutível legitimidade da recusa, tem-se que o risco da cobrança deve ser lançado à própria empresa hospitalar, pois estava ciente de que a paciente ou responsável declarou que o pagamento deveria ser feito pelo convênio médico.

Além disso, no que tange ao período de carência, tem-se que estipula a Lei 9.656/98 o seguinte:

> "Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).
>
> (...) V - quando fixar períodos de carência:
>
> c) **prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência**; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)".

A paciente foi internada no Hospital, em regime de urgência, tendo que passar por cirurgia em razão da "apendicite aguda gangrenada com secreção purulenta loco regional" (fls. 59). O réu reconhece na contestação que "se a equipe médica do Supdo. não tivesse agido rápida e cirurgicamente, debelando o processo infeccioso (apendicite aguda), sem dúvida, teríamos a figura de omissão de socorro", e que "a própria autora, enfermeira de profissão, reconhece o risco a vida que a patologia apendicite aguda representava à sua genitora" (fls. 141).

Nestas circunstâncias, tipificada a situação de emergência, surge a responsabilidade do Plano de Saúde no prazo máximo de 24 horas, mesmo no período de carência, relevando-se de inequívoca abusividade a recusa de custeio de despesas do paciente, na hipótese de configuração de quadro emergencial, como o tipificado nos autos.

Ante ao exposto, pelo meu voto, negava provimento ao recurso.

LUIS CARLOS DE BARROS, Desembargador, 3º Juiz vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0075891-52.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LICEU CAMILO CASTELO BRANCO DE ITAQUERA, é apelada BRUNA BOLOGNIESE DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.329)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente), ELLIOT AKEL E LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 14 de janeiro de 2014.

CHRISTINE SANTINI, Presidente e Relatora

Ementa: Apelação Cível.

Responsabilidade civil - Autora que sofreu lesões na mão e pulso em decorrência de acidente sofrido no interior da instituição de ensino ré - Lesão decorrente da quebra do vidro de uma das portas da sala de aula, fechada bruscamente por seus colegas - Responsabilidade civil caracterizada - Defeito na prestação de serviços pela ré - Ré que tinha o dever de zelar pela segurança e integridade dos alunos durante todo o período em que se encontravam no interior do estabelecimento de ensino - Hipótese dos autos em que os alunos estavam fazendo brincadeiras durante o período de aulas, sem supervisão dos prepostos da ré - Laudo pericial que concluiu pela existência de nexo causal entre o acidente e os danos sofridos pela autora - Lesão na mão e pulso esquerdo considerada pelo perito parcial e temporária - Manutenção da condenação da ré ao pagamento dos danos materiais relativamente ao tratamento necessário à autora - Valor a ser apurado em liquidação por arbitramento - Pensão mensal descabida, diante da temporariedade da lesão - Danos morais, que englobam os danos estéticos, caracterizados - Valor arbitrado em sentença

Acesso ao Sumário

(R$ 50.000,00) considerado excessivo - Redução para R$ 10.000,00, valor reputado adequado, considerando-se a lesão, a condição das partes e os danos estéticos de pequena magnitude - Recurso provido em parte, com observação no que toca à necessidade de apuração do valor relativamente ao custeio do tratamento da autora em sede de liquidação por arbitramento - Sucumbência recíproca.

Dá-se parcial provimento ao recurso, com observação.

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida por Bruna Bologniese de Oliveira em face de Liceu "Camilo Castelo Branco" de Itaquera, alegando, em síntese, que frequentou o curso de ensino médio oferecido pelo réu, com habilitação profissional de técnico em laboratório de prótese dentária entre os anos de 2000 e 2002. Sustenta que, em 21.09.2000, ao tentar entrar na sala de laboratório através das portas laterais, estas foram fechadas por dentro pelos outros alunos, como uma forma de brincadeira. A autora dirigiu-se à porta da frente e, quando ia entrar, a porta lhe foi fechada pelos alunos, tendo a autora, contudo, instintivamente colocado o braço direito, que estava engessado, sobre o rosto, tentando com a mão esquerda segurar a porta para não se machucar. Devido à força com a qual a porta, constituída parcialmente de vidro, foi arremessada e o impacto com a mão da autora, o vidro partiu-se, causando cortes profundos em toda a extensão da mão e pulso. A autora foi socorrida por uma professora e levada ao hospital. Posteriormente, dois outros professores foram ao hospital. Em razão dos fatos, a autora permaneceu uma semana afastada das aulas e teve sequelas na mão esquerda. Salienta que o réu não tomou providências para minimizar os danos. Assim, requer a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais, morais e estéticos sofridos.

A ação foi julgada procedente para o fim de condenar a ré a pagar à autora pensão mensal de um salário mínimo, bem como o valor de R$ 50.000,00, atualizado pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento da ação, acrescido de juros legais a partir da citação, além do custeio do tratamento da autora. A ré foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação (fls. 239/247).

Inconformado, apela o réu, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o fundamento de que o acidente ocorreu de forma diversa daquela narrada na petição inicial, uma vez que a própria apelada, correu à porta da frente da sala

Acesso ao Sumário

e tropeçou em um dos degraus, projetando-se contra porta de vidro, enquanto um dos seguranças repreendia os alunos que fecharam as portas laterais. Além disso, a apelada estava com um dos braços quebrados, o que aumentou o impacto, levando à quebra do vidro. Sustenta a culpa exclusiva da apelada. Após o acidente, afirma que prestou socorro rápido e eficiente por meio de uma das professoras, que acompanhou a apelada até o hospital, para onde seguiram dois outros professores. Alega, ainda, que zela pela integridade e segurança de seus alunos. Subsidiariamente, requer a redução do valor arbitrado a título de indenização, uma vez que não restou comprovado dano estético e, quanto ao déficit funcional sensitivo da mão esquerda, ficou comprovado que se trata de incapacidade parcial e temporária, conforme conclusão do laudo pericial. Insurge-se, ainda, contra a fixação de pensão mensal (fls. 255/264).

Processado regularmente, houve a juntada das contrarrazões de fls. 272/277.

É o relatório.

2. Na hipótese, merece ser dado parcial provimento ao recurso.

No caso, a autora ajuizou a presente ação indenizatória em decorrência de acidente sofrido no dia 20.09.2000 nas dependências da instituição de ensino ora ré. Afirma que, ao retornar do intervalo, seus colegas fecharam as portas laterais de acesso ao laboratório, como forma de brincadeira e, ao tentar ingressar no local pela porta da frente, a porta constituída em parte de vidro foi fechada bruscamente pelos demais alunos, ocasionando a quebra do vidro e causando cortes profundos em toda a extensão da mão e pulso.

A instituição de ensino, ora apelante, não nega a ocorrência do acidente no interior de suas dependências, contudo, sustenta a culpa exclusiva da autora, bem como alega ter tomado as providências necessárias para minimizar os danos da autora, com segurança e socorro imediato e eficiente.

Para configuração da responsabilidade civil extracontratual, conforme pacificado na jurisprudência e doutrina, é necessário que o agente pratique ação ou omissão com dolo ou culpa, o dano e o nexo causal entre a ação e o dano. Acerca dos elementos da responsabilidade, confira-se a lição de Silvio Rodrigues, (*in* "Direito Civil - Responsabilidade Civil", volume 4, 19ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002, páginas 14/18):

> "*A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.*
>
> *(...)*
>
> *O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que*

Acesso ao Sumário

causou o prejuízo. A lei declara que, se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar.

(...)

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima.

(...)

Finalmente, como foi visto, a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano (...), pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém".

Na hipótese, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 14, que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços.

Assim, ainda que não haja falar em "culpa" para análise do surgimento da responsabilidade do prestador de serviços, esta somente emerge na hipótese de mau funcionamento do serviço. Trata-se de forma de responsabilidade primária, decorrente do simples funcionamento defeituoso do serviço que é prestado ao consumidor.

Ressalte-se que, no caso, a responsabilidade nasce da ***falta*** e não do ***fato*** do serviço, não sendo aplicável a teoria do risco integral que faz surgir a responsabilidade quer seja o serviço prestado de forma regular quer irregular, o que leva à conclusão de que somente o serviço defeituoso acarreta a responsabilidade do prestador.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise dos fatos, para se verificar se há caracterização ou não de prestação defeituosa de serviços pela ré a ensejar o pedido indenizatório formulado.

E conclusão afirmativa se impõe.

No caso, é incontroverso ter ocorrido o acidente nas dependências da instituição de ensino.

Ora, cabia à ré, instituição de ensino, zelar pela segurança e integridade dos alunos enquanto no interior do estabelecimento.

A mera existência de porta de vidro, à qual os alunos tinham acesso, por si só, acarreta risco, cabendo à instituição exercer vigilância objetivando evitar acidentes. No caso, a própria professora Francis de Fátima Mendes de Almeida Nunes dos Santos, que conduziu a autora ao hospital na data dos fatos, narra, a

Acesso ao Sumário

fls. 213/214, que "*No dia dos fatos, iria dar aula para a turma da qual pertencia a autora e na volta do intervalo os alunos entraram na sala que é laboratório.*" Ela expressamente esclarece que "*O local trata-se de uma casa e a depoente se ausentou da sala para ir ao almoxarifado que fica em um cômodo da casa. (...) Não havia ninguém para ver os alunos. Somente estava presente a depoente*".

Ora, durante todo o período em que o aluno se encontra no interior da instituição de ensino, esta tem o dever de exercer vigilância, com o intuito de garantir a segurança e integridade dos alunos. No caso, uma vez encerrado o horário de intervalo dos alunos, com o retorno às salas de aula, deveria a instituição de ensino ter zelado pela disciplina e segurança dos alunos, impedindo que a situação narrada nos autos acontecesse.

Diante da ausência da professora da sala onde seria ministrada a aula prática, obviamente não poderiam os alunos, menores, permanecer sem nenhuma vigilância. Não é razoável admitir que os próprios alunos abrissem e fechassem as portas da sala de aula, impedindo a entrada de um colega, durante o horário de aula, sem que nenhum responsável estivesse presente, zelando pela disciplina.

Ainda, nos termos do disposto no artigo 932, inciso IV, do Código Civil:

"Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

Assim, restou caracterizado o defeito na prestação de serviço pela ré, sendo esta responsável pela reparação dos danos devidamente comprovados.

Note-se que não socorre a ré a alegação de culpa exclusiva da vítima, uma vez que, embora esta tenha agido de forma imprudente ao correr para entrar na sala de aula, tal fato não afasta a responsabilidade da ré em razão do defeito na prestação do serviço.

Com relação aos danos decorrentes do defeito na prestação de serviço pela ré, é incontroverso ter a autora sofrido lesões na mão e pulso em razão do acidente, tendo sido inclusive levada ao hospital.

Acesso ao Sumário

Visando apurar a extensão do dano, foi determinada a realização de perícia médica (fls. 158/175), a qual concluiu pela existência de nexo de causalidade entre o acidente narrado na petição inicial e a lesão apresentada pela autora.

Conforme esclareceu o perito, a fls. 164:

"*Há nexo entre a lesão do nervo mediano, perda de sensibilidade da mão esquerda e cicatriz e o acidente de 21/09/2000.*

Há dano estético, devido a cicatriz apresentada em punho.

Há dano físico, devido a perda de sensibilidade e atrofia tenar da mão

esquerda.

Há incapacidade parcial e temporária para profissão de protecista, pois poderá ocorrer melhora com tratamento específico."

Ou seja, o laudo pericial concluiu pela existência de déficit funcional e sensitivo, sendo constatada incapacidade parcial e temporária.

Alega a autora ter sofrido danos materiais, morais e estéticos em decorrência dos fatos.

No que toca aos danos materiais, alega a autora permanecer em tratamento na tentativa de curar sua enfermidade, o que inclui cirurgia, remédios, consultas, sessões fisioterápicas, dentre outros.

Neste ponto, merece ser mantida a R. Sentença apelada, que condenou a ré ao custeio do tratamento da autora. A lesão existe, contudo, ressalta o perito que a incapacidade é parcial e temporária, sendo que é possível minimizar o dano mediante a realização de cirurgia.

Afirma o perito a fls. 172 que:

"*À entrevista, exame físico e exames subsidiários constatamos que a autora em decorrência do ferimento na altura do punho esquerdo teve lesão do nervo mediano nesta região (lesão parcial). Não teve lesão dos tendões flexores do 2º e 5º dedos. Possui déficit funcional e sensitivo na mão esquerda.*

Concluo:

- estabelecido nexo com o relatado.

- não é possível ainda estabelecer um quadro sequelas definitivo com a avaliação do dano patrimonial segundo tabela SUSEP, porque é passível de continuidade do tratamento através da neurorrafia do nervo mediano e que eventualmente poderá ocorrer uma melhora do quadro sensitivo e motor. Este procedimento cirúrgico pode ser realizado pelo SUS e com médico capacitado em Cirurgia de Mão.

- a sua incapacidade laborativa ao exame físico atual é de caráter parcial e temporário."

Portanto, de rigor a manutenção da condenação da ré ao custeio do tratamento da autora, em valor a ser apurado em liquidação por arbitramento.

Com relação à pensão mensal, merece ser dado provimento ao recurso de apelação.

O direito à pensão mensal está previsto no artigo 950 do Código Civil, que assim dispõe:

"*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao*

Acesso ao Sumário

fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu."

No caso, não restou comprovado que a autora está inabilitada para o exercício de sua profissão. Ao contrário, o laudo pericial aponta que a lesão sofrida pela autora é parcial e temporária. Ora, uma vez que não existe lesão permanente, não há falar em pensão mensal à autora.

No que toca aos danos morais, merece ser mantida a condenação da ré ao pagamento de indenização à autora, destacando-se que tal pedido se funda não apenas no sofrimento experimentado pela autora, mas também pela perda estética decorrente das cicatrizes.

Deve-se ressaltar que, no caso em tela, o dano moral sofrido pela autora engloba o dano estético, que, na definição de TERESA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES (*in* "O Dano Estético", RT, 1980, página 18), é:

"*qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um* '*enfeamento*' *que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral.*"

E continua a autora (*in* obra citada, página 20):

"*Portanto, para que exista dano estético, é necessário que a lesão que enfeiou determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral) mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais.*"

No que toca aos danos estéticos, a fls. 169, esclarece o perito que:

"*A pericianda é portadora de área cicatricial no punho esquerdo e cicatrizes lineares nos 3º e 5º dedos sugestivas de ferimentos cortantes e compatíveis com o narrado na anamnese pericial. A área cicatricial existente no punho pode ter seu aspecto estético atual melhorado, parcialmente, através de procedimentos da área de cirurgia plástica com a sua exérese cirúrgica em dois tempos cirúrgicos. Existe dano estético de magnitude mínima e com possibilidade de minimização através do procedimento indicado*".

Ainda, as fotografias de fls. 19/20, corroboram a tese de que o dano estético sofrido pela autora é de magnitude mínima.

Não havendo norma legal que estabeleça na hipótese os parâmetros da indenização por dano moral, que engloba o dano estético, imperioso seu arbitramento pelo Juízo, considerada a gravidade da lesão, suas nefastas consequências sobre o autor e a condição econômica das partes que figuram no polo passivo.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, o valor arbitrado em sentença (R$ 50.000,00) é reputado excessivo, considerando-se a lesão moral e estética sofrida pela autora e também a sua imprudência quando do acidente. Note-se que, embora a dor sofrida não possa, até mesmo em face do elevadíssimo significado do bem humano atingido, ser causa de enriquecimento, esta tampouco pode ser minorada a ponto de se tornar irrisória e de nenhuma importância para as partes.

No caso, afigura-se razoável a fixação de R$ 10.000,00, capaz de proporcionar à autora algum conforto e alegria para minimizar a dor sofrida, não podendo ser considerada excessiva ou irrisória. Tal montante deverá ser corrigido a partir desta data e acrescido de juros de mora à taxa legal desde a data do acidente, nos termos das Súmulas nº 362 e nº 54 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Assim, merece parcial provimento o recurso de apelação, para o fim de afastar a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal à autora, bem como para o fim de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R$ 10.000,00, nos termos acima declinados, observando-se que a apuração do valor devido relativamente ao custeio do tratamento da autora deve ser apurado em sede de liquidação por arbitramento. Há sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com os honorários de seu advogado e as custas processuais devem ser divididas meio a meio.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0228026-74.2007.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados BANCO BRADESCO S/A e PARK TEM ESTACIONAMENTO LTDA., é apelado/apelante VERA LERNER FLEIDER MARCHEVSKY.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Consultado sobre a necessidade de leitura do Relatório, o Senhor Advogado a dispensou. Por maioria de votos, negaram provimento aos recursos, vencido em parte o 3º Desembargador, que dava provimento ao recurso adesivo e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

Acesso ao Sumário

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Ação de Indenização por danos materiais e morais. Ilegitimidade de parte do banco não configurada. Inépcia da inicial por ausência de fundamentos de fato e direito com relação ao estacionamento afastada. Roubo ocorrido em área que corresponde à extensão tanto da agência bancária, quanto do estacionamento. Dever de garantir a segurança da autora não observado pelos réus que respondem de forma objetiva e solidária. Danos materiais comprovados. Culpa concorrente da autora não caracterizada. Danos morais afastados, porquanto não especificados na inicial e não comprovados. Apelações dos réus e recurso adesivo da autora desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de fls. 307/313, cujo relatório adoto em complemento, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais, proposta por Vera Lerner Fleider Marchevsky contra Banco Bradesco S/A e Park Tem Estacionamento Ltda. para condenar os réus, de forma solidária, a indenizarem a autora pelos danos materiais sofridos em decorrência do roubo narrado na inicial, restituindo-lhe a quantia de R$ 25.000,00, atualizada a partir da data do evento lesivo, ou seja, 30.01.2007, com incidência de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação válida. Diante da procedência parcial da ação, foi determinado que cada parte arcasse com as custas processuais a que deram causa e com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

O corréu Banco Bradesco S/A apela, aduzindo, preliminarmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista que o roubo ocorreu nas dependências do estacionamento, localizado fora da agência do banco, administrado por terceiros, cuja responsabilidade pela segurança e eventual ressarcimento de clientes é do empresário que administra aquele estacionamento, pessoa que explora o serviço e deve manter segurança e até mesmo seguro contra danos aos seus clientes. Alega que a questão trazida aos autos está relacionada a um problema de segurança pública, tema estranho à atuação do banco/réu, instituição financeira que é. No mérito, sustenta que não tem responsabilidade em função do contrato de depósito, já que o estacionamento não está aos seus cuidados e que inexistiu qualquer contrato de depósito

Acesso ao Sumário

atinente ao veículo junto ao banco, sendo a prestação de serviços contratada entre o condutor do veículo e o proprietário/administrador do estacionamento. Argumenta que não restou demonstrada negligência de sua parte no evento, não havendo o que se falar em culpa e, consequentemente, dever de indenizar. Afirma que a ação criminosa posta em prática por assaltantes não poderia por qualquer meio ser evitada pelos contestantes, configurando excludente de sua responsabilidade, por ato de terceiros, equiparável a caso fortuito ou força maior. Requer o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente ou alternativamente requer a redução do valor fixado a título de danos (fls. 315/333).

A corré, Park Tem Estacionamento Ltda., recorre sustentando que inexistem fundamentos de fato e de direito que embasem a pretensão da autora, com relação a sua atuação, o que não só dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa, como configura afronta do art. 282, III, do Código de Processo Civil. Afirma que a autora estacionou seu veículo nas vagas localizadas em frente à agência bancária, junto aos logradouros públicos, não entregou seu carro ao manobrista do estacionamento, mas sim estacionou seu veículo diretamente na vaga existente em frente ao banco, retirou o *ticket* junto ao funcionário da apelante, que ficava no balcão identificado a fls. 15 e levou consigo as chaves. Aduz que restou demonstrada a inexistência de responsabilidade de sua parte para com o evento narrado, já que este não ocorreu em seu estabelecimento, mas sim em logradouro público, poucos metros da saída da agência bancária, envolvendo o veículo da autora. Enfatiza que sequer teve a posse do veículo da autora, que foi deixado por ela na vaga existente em frente ao Banco Bradesco S/A junto ao logradouro público. Ressalta que não houve qualquer descumprimento em relação às obrigações inerentes ao estacionamento e que o ato do meliante foi praticado contra a pessoa da autora, fora de seu veículo, enquanto esta se encontrava em logradouro público, sendo que o estacionamento não possui obrigação de garantir a segurança dos clientes do banco, até porque sequer possui esta atividade em seu contrato social, muito menos as autorizações legais para tanto. Argumenta que não praticou qualquer ato ou omissão ilícita que pudesse dar causa aos alegados danos suportados pela autora, inexistindo o necessário nexo de causalidade entre os fatos, tratando-se de um caso de segurança pública, cujos resultados não podem ser atribuídos ao particular, como equivocadamente entendeu o MM. Juízo *a quo*. Entende que deve ser responsabilizada de forma distinta do Banco Bradesco S/A e não solidariamente, já que referida instituição, em razão da natureza do serviço prestado, assume um risco diferenciado, cuja responsabilidade é fundada na teoria do risco integral, o que não pode ser atribuído ao estacionamento. Pugna pela aplicação do art. 945 do Código Civil na medida em que a autora confessou que agiu com desídia e contribuiu para a ocorrência do evento danoso, pois não tomou as precauções necessárias e esperadas para evitar o ocorrido. Requer o provimento do recurso a fim de que

Acesso ao Sumário

a sentença seja reformada em razão da ausência de causa de pedir em relação a sua conduta. Caso não seja este o entendimento adotado, requer a reforma da sentença ante a inexistência de sua responsabilidade pelos eventos narrados, de nexo causal e de dano material ou moral indenizável. Postula, ainda, caso mantida a sua condenação, pela distribuição da responsabilidade, considerando o grau de culpa de cada réu, sendo que a apelante Park não contribuiu com sequer 5% para com a ocorrência dos fatos, e também a culpa concorrente da autora, adequando-se a condenação nos termos requeridos (fls. 335/351).

A autora recorre adesivamente, sustentando que é evidente e incontroverso o sofrimento moral intenso, causador de repercussões nos sentimentos da vítima, ante o ato de violência porque passou em companhia de sua filha que a tudo assistiu. Aduz que a moderna posição da jurisprudência afasta a exigibilidade da prova pela vítima da repercussão do ato lesivo sofrido pela ofendida. Enfatiza que a razão da reparação não está só no patrimônio, mas na dignidade ofendida, que é o dano moral, em toda a sua incerteza, que encontra uma sanção na lei. Afirma ser inquestionável seu direito a indenização por dano moral que sugere não ser inferior a cem vezes o salário mínimo vigente no país, logicamente pela extensão do dano causado. Requer a reforma da sentença no que se refere à condenação dos apelantes à reparação em pecúnia do dano moral sofrido, nos termos constantes da inicial, acrescido de correção monetária, juros de mora, ressarcimento de custas e verba honorário fixado em 20% sobre o valor da condenação (fls. 377/383).

Os recursos são tempestivos e foram devidamente preparados 334/335, 336/337, 352/354 e 384/386.

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 367/375, 388/390, 396/403 e 405/410).

A sentença prolatada a fls. 104/107 foi anulada pelo v. acórdão de fls. 211/214.

O presente recurso foi distribuído inicialmente para a 12ª Câmara de Direito Privado, que determinou a sua redistribuição para esta Câmara, em razão da prevenção (fls. 431).

É o relatório.

Versa a ação sobre indenização ajuizada por Vera Lerner Fleider Marchevsky contra Banco Bradesco S/A e Park Tem Estacionamento Ltda..

A r. sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

A autora alega, na inicial, que no dia 30.01.2007, às 12:50 horas, em companhia de seu filha, dirigiu-se ao estabelecimento bancário réu para efetuar o saque de R$ 40.000,00, deixando seu veículo no estacionamento do banco.

Acesso ao Sumário

Atendida em uma sala privativa pelo funcionário, colocou R$ 15.000,00 na bolsa de sua filha, R$ 10.000,00 na própria bolsa e R$ 15.000,00, no envelope que lhe foi fornecido. Ao sair da referida agência bancária, enquanto sua filha pagava o estacionamento, a requerente dirigiu-se ao seu carro que estava a cerca de cinco metros da entrada do banco, quando, ao abrir a porta do veículo, foi surpreendida por um indivíduo que a pressionou contra o carro e mediante grave ameaça exigiu que lhe fosse entregue a bolsa e o referido envelope, no que foi atendido, evadindo-se a pé em seguida.

A preliminar arguida pelo Banco Bradesco S/A de ilegitimidade de parte não merece prosperar. A autora sustenta que sofreu danos materiais e morais ocorridos após ter sacado o valor de R$ 40.000,00 do banco réu e ter sido roubada nas dependências do estacionamento, que imputa ser concessionário do banco réu na exploração de serviços, o que o legitima a compor o polo passivo da ação, tendo em vista que ambos os réus devem prestar serviços seguros aos seus clientes.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA AD CAUSAM - Ação indenizatória por dano material e moral - Cliente de banco - Roubo em estacionamento, após saque em conta corrente - Alegação de se tratar de estacionamento terceirizado - Irrelevância, eis que não provada tal condição - Legitimidade de parte passiva da entidade bancária reconhecida - Preliminar rejeitada." (Apelação Cível n° 994.09.287.155-8 (675.655.4/1-00), 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. SILVÉRIO RIBEIRO, j. 26.05.2010.).

Outrossim, não há que se falar em inépcia da inicial, conforme alegado pela corré Park Tem Estacionamento Ltda.. A autora declinou na exordial e no aditamento de fls. 33 os fundamentos de fato e de direito de sua pretensão, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos réus.

A responsabilidade dos réus pelo evento danoso ocorrido com a autora restou configurada nos autos. Conforme demonstrado, o roubo ocorreu em área que corresponde à extensão tanto da agência bancária, quanto do estacionamento, que foi utilizado pela autora (fls. 14). Assim, ambos os réus tinham o dever de garantir a segurança de seus clientes.

O roubo ocorrido, tendo como vítima a autora, não pode ser considerado como caso fortuito ou força maior, tendo em vista a previsibilidade de seu acontecimento nas atividades de ambos os réus.

Em caso semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"1. A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação

Acesso ao Sumário

de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária.

2. A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos.

3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002).

4. Agravo regimental desprovido".

(AgRg nos EDcl no REsp 844.186/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

Os réus possuíam a obrigação de prestar seus serviços, garantindo-lhes a segurança da autora/consumidora e eventual falha na prestação dos serviços acarreta o dever de indenizar, não havendo o que se falar em diferenciação da natureza da responsabilidade entre os réus, respondendo ambos de forma objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, o que dispensa a verificação de culpa em relação à conduta praticada pelos corréus. A responsabilidade pelo ressarcimento dos danos entre os réus é solidária, e não proporcional, conforme bem estabeleceu a r. sentença.

Sobre o tema, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS - Assalto em estacionamento de agência bancária - Legitimidade passiva ad causam *da instituição financeira - Estacionamento do banco como extensão do estabelecimento - Forma de captar clientela - Eventual cessão do espaço para terceiro que não o exime de responder pelos danos causados aos clientes - Precedentes do STJ e do TJSP - Relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Risco da atividade econômica - Crimes patrimoniais previsíveis que não se enquadram como caso fortuito ou de força maior - Jurisprudência do TJSP - Presentes os requisitos da responsabilidade civil - Danos materiais comprovados - Sentença mantida - Recurso desprovido"* (Apelação 0005698-71.2011.8.26.0011, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. ALEXANDRE MARCONDES, j. em 30/07/2013).

"CIVIL. ESTACIONAMENTO COMERCIAL VINCULADO A BANCO.

OFERECIMENTO DE VAGA PARA CLIENTES E USUÁRIOS. CORESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA E DA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO. ROUBO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

I. Tanto a instituição bancária locadora da área como a empresa administradora do estacionamento são responsáveis pela segurança das pessoas e veículos que dele fazem uso.

II. A exploração comercial de estacionamento, que tem por escopo oferecer espaço e segurança aos usuários, afasta a alegação de força maior em caso de roubo havido dentro de suas instalações.

III. Precedentes do STJ.

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 503.208/SP, Rel. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma do STJ, julgado em 26/05/2008, DJe 23/06/2008)".

O extrato juntado a fls. 13 comprova que a autora sacou a quantia de R$ 40.000,00, corroborando a sua alegação de que houve o roubo da quantia de R$ 25.000,00, conforme relatado no boletim de ocorrência, juntado a fls. 17/18. O valor restante, de R$ 15.000,00 foi repassado para a filha da autora, antes do roubo. Assim, a condenação dos réus para a restituição do valor correspondente aos danos materiais deve ser mantida.

Não restou comprovada nos autos a culpa concorrente da autora, de modo que não é o caso de se aplicar o art. 945 do Código Civil, conforme sustenta a corré, Park Tem Estacionamento Ltda..

O pedido de dano moral, formulado pela autora, todavia, não merece ser acolhido. A autora sequer declinou na inicial de forma específica em que consistiram os danos morais, que não restaram comprovados, conforme ponderou a MMa. Juíza *a quo* (fls. 312):

"O dano moral indenizável é aquele que efetivamente provoca abalo psicológico significativo na vida da demandante e não mero aborrecimento corriqueiro.

No caso de que se cuida, nada relatou a autora na exordial, de forma específica, acerca dos danos morais que efetivamente sofreu com a conduta dos réus frente ao desagradável episódio de que foi vítima. Na exordial, apenas alegações genéricas se extraem acerca de eventual dano moral sofrido. Tal situação se confirmou pelo próprio depoimento pessoal da autora em Juízo, que além da revolta pelo ato ilícito em si e pela falta de ressarcimento, não se evidenciou nenhum trauma de cunho psicológico decorrente destes fatos."

A esse propósito, confira-se, ainda, o trecho do seguinte julgado deste E. Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"Todavia, em que pese o infortúnio, não há prova de sequelas ou distúrbios derivados dos fatos, razão pela qual, no caso, o dissabor não tem repercussão jurídica, em relação aos apelados.

Isso porque o dever de reparar os prejuízos materiais (teoria do risco) os tornam tão vítimas quanto os apelantes, mas, com relação aos danos morais, o enfoque do dever de indenizar é diverso, pois a finalidade da condenação é compensar o sofrimento e punir o agente causador do ilícito (teoria do desestímulo).

No caso, o abalo emocional foi diretamente causado pelos assaltantes, sendo deles a responsabilidade por reparação dissabor." (APELAÇÃO nº 478.966-4/4-00, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. GRAVA BRAZIL, j. 12.08.2008)

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito as preliminares, nego provimento às apelações dos réus e ao recurso adesivo da autora.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 23132)

No presente caso, ouso divergir em parte, do voto do Em. Des. Relator.

E faço por entender que houve sim dano moral.

Com efeito, a surpresa da autora em se ver desapossada de dinheiro sacado em estacionamento vinculado à agência bancária certamente lhe causou dissabor muito superior a um simples aborrecimento, tanto mais estando acompanhada de sua filha e tendo tomado medidas acautelatórias (atendimento em sala separada, divisão do numerário sacado e acompanhamento por outra pessoa).

É agravo, de resto, cuja existência se constata por si só, "ipso facto", sem necessidade alguma de demonstração.

Observe-se, quanto a isso, que o dano moral decorre diretamente da violação do direito da vítima quando essa excede **"a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige"** (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

Nesse sentido, destaca-se, ainda, que **"A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação ("danum in re ipsa"). Verificado o evento danoso surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)"** (REsp 23575/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA,

Acesso ao Sumário

julgado em 09.06.1997, DJ 01.09.1997 p. 40838).

Diante disso, o pedido de indenização por danos morais foi bem acolhido, uma vez presente a obrigação de indenizar.

No que se refere ao "quantum", assinala-se que deve se ter presente a moderação recomendada na doutrina e na jurisprudência, tanto para que se evite enriquecimento indevido de uma parte em detrimento de outra como, ainda, para que se observem os limites geralmente aceitos em casos análogos, de modo a que se chegue a um valor que, compensando a dor moral sofrida, contenha componente de punição e desestímulo, sem excesso nem aviltamento.

Mais ainda, **"deve o juiz: 1) punir pecuniariamente o infrator, pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; 2) por nas mãos do ofendido uma soma, que não é o *pretium doloris*, porém o meio de oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação...ou seja um bem estar psíquico compensatório do mal sofrido, numa espécie de substituição da tristeza pela alegria..."** (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Direito Civil", Vol. II, nº 176).

No caso, e levando-se em conta tais parâmetros e circunstâncias, mostra-se adequado o valor de R$10.000,00 (dez mil reais), quantia necessária e suficiente como lenitivo para a dor sofrida, sem excesso nem aviltamento, devendo ser monetariamente atualizada desde agora (Súmula nº 362 do C. Superior Tribunal de Justiça) e com juros de mora desde a citação.

Tendo em vista tal solução, fica a ação julgada procedente e condenados os réus ao pagamento também de indenização por dano moral, bem como ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em 15% do valor da condenação (§ 3º do art. 20 do Cód. de Proc. Civil).

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso adesivo, de modo a reformar a r. sentença nessa parte.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007502-64.2012.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado NEFI LIMA PEREIRA ME., é apelado/apelante GRUPO AGERA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA. ME..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, determinam o prosseguimento da ação e, no mérito, negaram provimento ao recurso do réu-

Acesso ao Sumário

reconvinte e deram parcial provimento ao apelo da autora-reconvinda, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI E TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 17 de março de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: SENTENÇA - Prolação anterior ao julgamento de agravo de instrumento interposto contra indeferimento da tutela antecipada - Eficácia e validade da sentença - Sentença não vinculada ao aresto proferido no agravo de instrumento - Hipótese, ademais, em que agravo foi improvido pelo órgão colegiado - Nulidade inexistente - Extinção, porém, do processo sem resolução do mérito.

COMPETÊNCIA ABSOLUTA - Pré-contrato de franquia - Cláusula compromissória - Tese de incompetência da Justiça Estadual rejeitada por decisão interlocutória não atacada oportunamente - Impossibilidade de conhecimento de ofício da extinção do processo por incompetência absoluta (CPC, art. 301, IX, e § 4º) - Prosseguimento da ação determinado - Voto vencido.

FRANQUIA - Pré-contrato - Vigência por três meses - Expiração do prazo contratual - Contrato de franquia não assinado - Permanência do franqueado na exploração do estabelecimento empresarial - Aplicação das regras do pré-contrato de franquia e da Circular de Oferta de Franquia (COF) - Descumprimento das obrigações pré-contratuais assumidas pela ré-reconvinte - Prova oral de que funcionários da ré foram treinados pela franqueadora - Prova documental de que pré-franqueada prestou serviços inadequados ao cliente por insuficiência de funcionários - Legítima ingerência da franqueadora no contrato de prestação de serviços ajustado com terceiro com o objetivo claro de evitar a maculação da marca Proclean - Apelação da ré improvida.

FRANQUIA - Tarifa de propaganda -

Imprescindibilidade da contraprestação - Falta de prova da existência de publicidade - Inexigibilidade dos valores cobrados a esse título - Cobrança improcedente - Apelação da autora improvida neste tocante.

FRANQUIA - Produtos supostamente adquiridos pela pré-franqueada - Emissão de notas-fiscais - Canhoto de recebimento de mercadorias não trazido aos autos - Débito inexigível - Cobrança improcedente - Apelação da autora improvida neste tocante.

FRANQUIA - Tarifa de propaganda - Royalties - Isenção contratual do pré-franqueado pelo período de três meses, contados do início das atividades - Alegação da autora-reconvinde de que a ré-reconvinte omitia notas fiscais com o objetivo de reduzir o valor da taxa mensal de franquia - Pedido de exibição incidental de todas as notas fiscais emitidas pela ré ou, na omissão dos documentos, sua condenação à indenização por perdas e danos equivalentes a R$ 60.000,00 - Pedido de exibição incidental não examinado pelo Magistrado singular, que consignou haver responsabilidade civil pré-contratual decorrente da retirada arbitrária, cuja indenização é restrita ao pagamento proporcional da cláusula penal prevista no contrato definitivo - Situação em que "perdas e danos" postulada não está fundamentada no inadimplemento das obrigações contratuais mencionadas na sentença, e sim nos supostos royalties não recebidos pelo pré-franqueado - Sentença *extra petita* - Nulidade, porém, não invocada na apelação, em que sequer foi reiterado pedido de exibição das notas fiscais emitidas pela pré-franqueada - Matéria preclusa - Apelação parcialmente provida.

FRANQUIA - Pré-contrato - Vigência por três meses - Expiração do prazo contratual - Contrato de franquia não assinado - Discussão limitada ao valor da indenização por "perdas e danos" - Inadimplemento das obrigações não impugnado pela pré-franqueada, que ofereceu serviços insatisfatórios a cliente, maculando a imagem da franqueadora, não adquiriu os produtos da autora-reconvinda, recusou-

Acesso ao Sumário

se a assinar o contrato de franquia e permaneceu ilegalmente à frente da unidade franqueada após expiração do prazo do pré-contrato - Imprescindível ressarcimento à franqueadora, adotando-se como critério objetivo a cláusula penal inserida no pré-contrato, equivalente a R$ 30.000,00 - Indenização majorada para R$ 30.000,00 - Apelação da autora parcialmente provida.

FRANQUIA - Pré-contrato - Expiração do prazo sem assinatura do contrato definitivo - Pretensão da franqueadora à devolução de material publicitário e manuais da franqueadora - Recebimento negado pelos réus - Falta de prova da entrega - Impossibilidade de condenação à devolução de algo que não foi comprovadamente entregue - Obrigação de fazer improcedente - Apelação da autora improvida neste tocante.

Dispositivo: por maioria, determinam o prosseguimento da ação e, no mérito, negam provimento ao recurso do réu-reconvinte e dão parcial provimento ao apelo da autora-reconvinda.

VOTO

Recursos de apelação interpostos por **Nefi Lima Pereira Me.** e **Grupo Agera Comércio e Serviços de Limpeza Ltda. Me.** dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Fábio Fresca, MM. Juiz de Direito da E. 4ª Vara Cível do Foro Regional de Jabaquara, Comarca de São Paulo, que julgou improcedente pedido de rescisão contratual e parcialmente procedente pedido indenizatório formulado pela segunda recorrente.

Consignou o i. Magistrado sentenciante que uma vez que o contrato definitivo de franquia não foi assinado, pelo não pagamento das "taxas" e **royalties** pela requerida, não é o caso de rescisão contratual, postulada na exordial. Também por envolver fatos ocorridos na fase pré-contratual, reconheceu ***culpa in contrahendo*** (CC, art. 422), reduzindo a cláusula penal para valor correspondente a R$ 20.000,00, considerando que não houve pagamento de taxas e **royalties**, e tampouco aquisição de maquinários e produtos químicos pela ré.

Acesso ao Sumário

Entendeu que o débito indicado na exordial não restou comprovado e que não houve utilização indevida do nome e do **know-how** da requerente, ou mesmo entrega de "documento, manual, publicações, materiais de comunicação

visual, interno ou externo", motivo pelo qual julgou improcedente o pedido cominatório.

Por fim, julgou improcedente a reconvenção e parcialmente procedente a lide principal para condenar a ré-reconvinte ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 a título de perdas e danos. Condenou a ré ao pagamento das verbas de sucumbência na reconvenção e, na lide principal, reconheceu a sucumbência recíproca (fl. 247-254).

Em razões recursais a ré-reconvinte busca a procedência da reconvenção e reversão das perdas e danos em seu favor, afirmando que foi a franqueadora quem descumpriu a Circular de Oferta de Franquia ao deixar de fornecer suporte técnico, treinamento e materiais áudio-visuais, bem como violar a cláusula de exclusividade territorial (fl. 259-268).

A autora, por sua vez, alega, preliminarmente, a insubsistência da r. sentença porque imprescindível o prévio julgamento do agravo de instrumento interposto contra o indeferimento da tutela antecipada, apontando para a possibilidade de colidência entre as decisões.

No tocante à utilização da marca e **know how**, sustenta que a abstenção de seu uso independe de prova ou má utilização, pautando-se exclusivamente na letra do art. 128 do Código Civil, segundo o qual com o término do contrato cessam todas as obrigações do negócio, decorrendo daí a impossibilidade de utilização da marca e **know how** pela ré.

Em relação ao débito, afirma que parcela ínfima corresponde às notas fiscais de venda de produtos - cuja aquisição foi confessada pela ré. O valor remanescente corresponde a taxas pré-contratuais (**royalties** e taxa de publicidade) cujo pagamento se impõe por força da obrigação assumida no instrumento particular.

Por fim, em relação à cláusula penal, afirma que deve ser reduzida no máximo a 50%, dado o grau de culpa do réu, a repercussão negativa à imagem da autora pelos negócios não concluídos e a própria natureza do contrato (fl. 273-283).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 269-270 e 306, pelo réu, e fl. 285-288 e 309-310 pela autora.

Contrarrazões da autora em fl. 293-298, ausente resposta da ré.

É o relatório do essencial.

Os recursos são tempestivos: os litigantes foram intimados da sentença na audiência de instrução e julgamento realizada em 16 de janeiro de 2013 (fl. 247), protocolizando seus recursos aos 29 e 30 do mesmo mês, pelo réu e pela autora, respectivamente (fl. 259 e 273).

I - PRELIMINAR: DA FORÇA VINCULANTE DO AGRAVO

Acesso ao Sumário

A franqueadora sustenta que a sentença é ineficaz ou nula, especialmente quanto ao pedido de obrigação de não fazer, porque proferida antes do julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que denegara a tutela antecipada (fl. 214-216 e 225-233), havendo risco de decisões conflitantes.

Defende, em síntese, que o agravo de instrumento tem força vinculante.

Sua tese improspera.

O agravo de instrumento é recurso adequado a atacar decisões interlocutórias, que sabidamente não forma coisa julgada. Dessa forma, tampouco o aresto que reexamina tais decisões tem a força pretendida pela recorrente, exceto se constatada a ausência de condições da ação, matéria de ordem pública cognoscível de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

No caso concreto o agravo foi dirigido contra indeferimento de tutela antecipada, cuja natureza é efêmera, pois sua concessão subsiste até a prolação da r. sentença, ocasião em que é mantida ou revogada, dependendo da solução dada à lide.

Decorre daí que ainda que concedida por órgão colegiado em agravo de instrumento, a tutela de urgência poderá ser revogada pelo i. Magistrado sentenciante se concluir pela improcedência do pedido inaugural.

Ora, se ao julgador monocrático é dado o poder de revogar a concessão dada por órgão colegiado, quanto mais julgar improcedente o pedido sem prévio julgamento do agravo de instrumento.

A tese da franqueadora não tem lógica ou amparo legal.

A decisão colegiada, nesse caso, não vincula o Juiz sentenciante.

A par disso, registra-se que o agravo de instrumento interposto pela autora foi improvido por esta Turma Julgadora, em sessão de julgamento realizada aos 6 de maio de 2013, ante a incerteza do direito invocado pela agravante (fl. 313-317).

Inexiste, pois, o vício propalado.

II - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM

Embora não tenha sido suscitada a incompetência absoluta da Justiça Comum, o Relator sorteado entende que a matéria deveria ser conhecida pelo órgão colegiado, por ser de ordem pública e, portanto, não sujeita a preclusão, nos seguintes termos:

> Consta dos autos que não somente foi entregue Circular de Oferta de Franquia à ré, como também há pré-contrato assinado pelos litigantes em 4 de outubro de 2010.
>
> Tive a oportunidade de anotar que "consiste o pré-contrato no acordo entre o franqueador e o interessado, em que se estabelece certo prazo de experiência, em que o candidato a franqueado exercerá plena

Acesso ao Sumário

ou parcialmente as atividades oferecidas, pagando certa prestação pecuniária ao franqueador e comprometendo-se a, finda a relação, optar pela celebração do contrato definitivo ou dar por encerrada a relação, obrigando-se, neste caso, a conservar sigilo a respeito das informações recebidas e a não se utilizar da tecnologia adquirida em sua atividade empresarial" (**Manual de Direito Comercial & de Empresa**, vol. 2, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 316, capítulo 11.6).

Assim, ainda que seja destituído de definitividade, o pré-contrato é plenamente eficaz, irradiando efeitos entre os contraentes.

Aplicável, pois, a cláusula compromissória ajustada entre os litigantes no item 6.5 do pré-contrato (fl. 79), ***in verbis***:

Qualquer litígio originado ou relacionado com o presente contrato será definitivamente resolvido por arbitragem (na forma da lei n. 9.307/96) de acordo com o regulamento de arbitragem do CAESP Franchising - Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo, por um ou mais árbitros nomeados de conformidade com o regulamento de tal conselho.

Ora, convencionada a arbitragem, há incompetência absoluta da Justiça Estadual Comum para dirimir o conflito, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VII).

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. CONVENÇÃO ARBITRAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "CHEIA".

COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO CONVENCIONAL NA FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO SOMENTE APÓS A SENTENÇA ARBITRAL.

1. Não ocorre violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o

Acesso ao Sumário

que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

4. No caso dos autos, desponta inconteste a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escorreita pelo magistrado de piso.

Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1278852/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 19/06/2013)

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 606.345/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240)

A Turma Julgadora, porém, por maioria, decidiu pelo prosseguimento da ação pelos seguintes fundamentos, expostos pela Exma. Sra. Desembargadora Lígia Araújo Bisogni:

Acesso ao Sumário

De início, concordo com o nobre Relator que a sentença não estava vinculada ao aresto proferido no agravo de instrumento à que se refere a autora.

No mais, todavia, *data venia* do nobre Relator, entendo que não cabe o reconhecimento de ofício de cláusula contratual que impõe a utilização de arbitragem, inclusive diante da clara disposição do art. 301, IX, e § 4º do CPC.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado", Editora RT, p. 595, ressaltam que "O juiz não poderá conhecer dessa matéria de ofício, devendo aguardar provocação do réu. Não alegada a convenção de arbitragem como preliminar de contestação, ocorre preclusão: o processo não será extinto e a demanda será julgada pelo juízo estatal".'

A jurisprudência não discrepa: "Compromisso de compra e venda - Anulação de contrato c.c. indenização por perdas e danos - Extinção (art. 267, VI, do CPC) - Descabimento - ... - Cláusula contratual que impõe utilização de arbitragem - Reconhecimento ***ex officio*** - Descabimento - Matéria sequer arguida nas contestações ofertadas - ... - Autos que devem retornar à origem - Inviável a aplicação da regra do art. 515, § 3º, do CPC - Necessária dilação probatória, em especial para comprovação da existência da alegada propaganda enganosa - Sentença anulada - Recurso provido (cf. Apel. n°: 434.457.4/0-00, Rel. Des. Salles Rossi).

Ainda: "A cláusula compromissória é, como o compromisso arbitral, causa extintiva do processo sem exame do mérito (artigo 267, VIII, do CPC). Entretanto, para que se conheça da matéria concernente a ambos os institutos, é indispensável que a parte interessada a alegue em sede defensória (artigo 301, IX e § 4º, combinado o parágrafo com o artigo 41 da Lei 9307/96 (Lei da Arbitragem)." (cf. AI nº 990.10.219603-8, Rel. Des. Rodrigues da Silva).

"Mandado de segurança - Extinção do processo sem resolução do mérito - Convenção de arbitragem - Conhecimento de ofício - Impossibilidade - CPC 301, § 4° - Inteligência - Concessão da ordem." (cf. MS nº 1074475-0/8, Rel. Des. Jesus Lofrano).

Dessa forma, cabível a análise do mérito recursal.

II - MÉRITO

II.1. Da lide

O Grupo Agera ajuizou ação postulando a rescisão de contrato de franquia e a condenação de Nefi Lima Pereira ME. ao pagamento da quantia de R$ 27.531,92, correspondente à soma das notas fiscais de serviços e **royalties** inadimplidos durante o uso da marca **Proclean** (fl. 22 e 24-25).

Acesso ao Sumário

Na exordial narrou que em 4 de outubro de 2010 as litigantes ajustaram pré-contrato (COF), e logo em seguida a ré começou a operar fora dos padrões estabelecidos pela autora e recusou-se a assinar o contrato de franquia (fl. 29-44), rompendo a relação de confiança.

Como corolário da rescisão contratual, pediu que a ré fosse condenada a devolver todo o material técnico e publicitário, bem como a não utilizar a marca **Proclean** e o **know how** adquirido, abstendo-se de atuar na mesma área, direta ou indiretamente, pelo período de doze meses.

Acusou a ré de adulterar o volume de vendas com o intuito de "reduzir drasticamente os royalties devidos à autora" e o valor da "taxa de propaganda e **marketing**", motivo pelo qual postulou a exibição judicial de todas as notas fiscais emitidas desde a assinatura do pré-contrato (fl. 2-14).

Em sua contestação, a ré afirmou que a autora violou a cláusula de exclusividade ao emitir nota fiscal e receber pagamento do **Shopping Irajá**, no valor de R$ 130.000,00, por negócio jurídico decorrente de tratativas feitas pela ré (fl. 121-139).

Além disso, a demandante não teria oferecido treinamento aos funcionários da ré, apesar do pagamento pela prestação do serviço.

O pré-franqueado narra que foi obrigado a adquirir maquinário da franqueadora, não recebeu suporte técnico da autora e tampouco foi definido padrões de imagem corporativa.

Diante da quebra da fidúcia por culpa da autora, não assinou o contrato de franquia e não vem utilizando sua marca.

Impugnou o demonstrativo de débito de fl. 22 e diz faltar prova da entrega de quaisquer manuais ou documentos (fl. 110-120).

Ofereceu, ainda, pedido reconvencional de condenação da autora ao pagamento da quantia de R$ 60.000,00 a título de indenização pelas infrações contratuais (fl. 141-147).

A autora-reconvinte afirmou haver cumprido todas as obrigações assumidas, imputando à ré a culpa pelo insucesso empresarial, seja pela inexperiência e negligência do microempresário ou pelo pequeno tempo investido pelo pré-franqueado, que não obteria lucros em menos de um ano (fl. 172-180).

Acesso ao Sumário

Na réplica afirmou não ser responsável pelo treinamento dos funcionários do pré-franqueado, mas tão somente do contraente, a quem incumbia supervisionar pessoalmente o trabalho desenvolvido. Os maquinários e produtos disponibilizados pela autora são inerentes ao modelo de franquia, ao qual a autora livremente anuiu.

Quanto ao suposto "atravessamento" do negócio firmado com o **Shopping**

Irajá, afirma ser possível diante do inadimplemento do réu-reconvinte, que não possuía funcionários suficientes para prestar o serviço contratado, conforme noticiado na correspondência eletrônica juntada com a contestação (fl. 182-192).

II.2. Dos fundamentos

Em 4 de outubro de 2010 os recorrentes assinaram pré-contrato de franquia, vigente por três meses.

Expirado o prazo, a ré continuou explorando o estabelecimento empresarial, mas afirma que abandonou o negócio, presumindo-se que o tenha feito depois de receber a notificação extrajudicial encaminhada pela autora no mês de janeiro de 2012 (fl. 26-28).

Apócrifo o contrato de franquia, aplicam-se as cláusulas pactuadas no pré-contrato e as existentes da Circular de Oferta de Franquia.

Nos termos do pré-contrato de franquia, o futuro franqueado deveria pagar à franqueadora taxa de franquia no valor de R$ 25.000,00, que serviria à remuneração "pelo conjunto de informações, normas e procedimentos pertinentes ao Sistema de Franquia PROCLEAN, inclusive orientação quanto aos aspectos mercadológicos, operacionais, financeiros e administrativos da franquia, bem como ao seu treinamento" (fl. 78, cláusula 1.5).

Também deveria pagar, a partir da inauguração da unidade, **royalties** equivalentes a 5% sobre o faturamento bruto e contribuir para fundo de publicidade equivalente a 2% do faturamento bruto (fl. 78, cláusula 1.7).

Inexistente a alegação de falta de pagamento da taxa inicial de franquia, incumbia à autora-reconvinda proporcional treinamento ao futuro franqueado e à sua equipe, consoante item XII, "B", da Circular de Oferta de Franquia. E desse ônus se desincumbiu, comprovando, por prova oral, o fornecimento de treinamento aos funcionários da ré.

Por outro lado, o próprio réu-reconvinte demonstrou a prestação de serviço inadequada ao cliente por insuficiência de funcionários, conforme correspondência eletrônica de fl.126-127.

Legítima, pois, a ingerência da franqueadora no contrato de prestação de serviços entabulado entre a ré e o **Shopping Irajá** com o objetivo claro de evitar a maculação da marca **Proclean**, como bem observou o i. Magistrado sentenciante (fl.128-133).

A ré tampouco comprovou a aquisição de maquinários e produtos químicos da franqueadora, ressalvando-se que no caso concreto tal cláusula contratual não é abusiva, pois existente permissão contratual para negociação de preços caso o franqueado conhecesse produto ou fornecedor que localmente fosse mais conveniente, ou que praticasse preços menores (fl. 65, item XI da COF).

Descumpridas, pois, as obrigações pré-contratuais assumidas pela ré-

Acesso ao Sumário

reconvinte.

Em relação à tarifa de propaganda - equivocadamente denominada no contrato como "taxa de propaganda", expressão exclusiva do Direito Tributário -, é inexigível.

Conquanto a taxa - remuneração por serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte - dispense a prova da efetiva prestação do serviço, a tarifa exige a contraprestação.

Nesse diapasão, incumbiu à autora provar a existência de publicidade, ônus do qual não se desencarregou.

Destarte, inexigíveis os valores a esse título.

Tampouco os valores estampados nas notas fiscais são exigíveis porque desacompanhadas de comprovante de recebimento das mercadorias.

No que tange aos **royalties**, urge salientar que o pré-franqueado dele estava isento pelo período de três meses contados do início das atividades, conforme item VIII.A da COF (fl. 62).

Entretanto, assevera a autora-reconvinda que a ré-reconvinte omitia notas fiscais com o objetivo de reduzir o valor da taxa mensal de franquia.

Para aferir o valor realmente devido a esse título, postulou a exibição incidental de todas as notas fiscais emitidas pela ré ou, na omissão dos documentos, sua condenação à indenização por perdas e danos equivalente a R$ 60.000,00 (fl. 12).

O pedido de exibição incidental não foi examinado e tampouco reiterado pelo i. Magistrado singular, que na r. sentença consignou que há responsabilidade civil pré-contratual da ré decorrente de sua retirada arbitrária, cuja indenização deve ser restrita ao pagamento proporcional da cláusula penal prevista no contrato definitivo. Assim, considerando que não houve "pagamento das despesas iniciais de franquia, assim como a aquisição de produtos e maquinários da requerente", reduziu a cláusula penal a R$ 20.000,00.

Acesso ao Sumário

É incontroverso que após o termo final do pré-contrato de franquia a demandada continuou operando no mesmo ramo de atividade, depois de se recusar a assinar o contrato definitivo.

A multa contratual não compensatória é aplicável de pleno direito, desde que constatada a culpa do devedor pela mora, dispensando-se prova do prejuízo do credor (CC, arts. 408, 411 e 416).

Não obstante, verifica-se que a postulação "perdas e danos" não é fundada no inadimplemento das obrigações contratuais mencionadas na r. sentença, correspondendo, sim, aos supostos **royalties** não recebidos do pré-franqueado.

Nesse sentido, a r. sentença é ***extra petita***.

Porém, a nulidade da sentença não foi suscitada na apelação, em que

sequer foi reiterado o pedido de exibição das notas fiscais emitidas pela pré-franqueada.

Preclusa, portanto, a matéria.

A questão, assim, limita-se ao valor da indenização por "perdas e danos".

O inadimplemento de obrigações contratuais não é negado pela pré-franqueada, que em defesa invocou exclusivamente a exceção do contrato não cumprido, tese que se mostrou improcedente.

O pré-franqueado não ofereceu serviços satisfatórios ao cliente Shopping Irajá, maculando a imagem da franqueadora, não adquiriu os produtos da autora-reconvinda, recusou-se a assinar o contrato de franquia e permaneceu ilegalmente à frente da unidade franqueada após a expiração do prazo do pré-contrato.

Esses fatos apontam para a necessidade de ressarcimento à franqueadora, mas não no montante aleatório de R$ 60.000,00.

Adota-se como critério objetivo a cláusula penal inserida na cláusula 6.1 do pré-contrato, equivalente a R$ 30.000,00 (fl. 79).

Procedente, pois, o recurso da franqueadora para majorar o valor da indenização para R$ 30.000,00.

Em relação ao material publicitário e aos manuais da franqueadora, consta da COF que seriam entregues pela franqueadora com o início da atividade pelo futuro franqueado (fl. 67, item XII.C).

O réu nega o recebimento de tais documentos e a autora não comprovou a entrega de tal material.

Não há, pois, como compelir à devolução de algo que não foi comprovadamente entregue.

Improcede, pois, o pedido.

Em relação à abstenção do uso do **know how** adquirido pelo microempresário com a operação da franquia, bem como a abstenção da utilização da marca **Proclean**, o pedido procede.

A exigência de "quarentena" não é abusiva, não ofende o direito ao livre exercício da profissão ou da livre iniciativa, mas protege a franqueadora da concorrência desleal.

Ora, ao contratar a franquia, o empreendedor passou a ter conhecimento do "segredo do negócio" da franqueadora, que realizou investimento financeiro na obtenção do **know how**. Esse conhecimento foi transmitido à franqueada, mediante entrega dos manuais de franquia, e aos seus funcionários, que foram treinados pela franqueadora para operar o sistema de gestão administrativa e aplicar o método de limpeza profissional.

O conhecimento é naturalmente agregado no ser humano. Assim, é

Acesso ao Sumário

evidente que o empreendedor não se desfez ou se desfará daquele conhecimento.

O período de interdição exclusivamente para a área afeta ao objeto da franquia é legalmente permitido, tal como se dá no trespasse de estabelecimento empresarial.

Trata-se de um período de desvinculação do empreendedor da atividade empresarial, visando proteger aquele que investiu na consolidação da marca e da franquia.

E, no caso concreto, previu o pré-contrato de franquia que o franqueado não poderia atuar no mesmo segmento e área de atuação da franqueadora pelo período de doze meses contados do término da rescisão contratual.

Embora a ré afirme haver abandonado o negócio, a procedência do pedido é de rigor para impedir a concorrência desleal que, se futuramente constatada, implicará em indenização contratualmente prevista (fl. 79, cláusula 6.3).

A marca, por seu turno, não pode ser utilizada porque não subsiste justificativa para seu uso.

E, embora não haja prova de que a franqueada a utilize indevidamente, o pedido é julgado procedente para prevenir danos à franqueadora.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso da ré-reconvinte e dá-se parcial provimento ao apelo da autora para majorar o valor da indenização por "perdas e danos" para R$ 30.000,00, bem como condenar a ré a se abster de utilizar a marca **Proclean** e desenvolver a mesma atividade da autora no mesmo território pelo período de doze meses contados da notificação extrajudicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014239-73.2010.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante ALL - AMERICA LATINA LOGÍSTICA S/A, são apelados OSVALDO CASAGRANDE, PAULO SERGIO CASAGRANDE e CELSO CASAGRANDE.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.338)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente sem voto), MARIO A. SILVEIRA E MOURÃO NETO.

São Paulo, 17 de março de 2014.

CARLOS NUNES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS - COLISÃO DE VEÍCULO COM TREM - MORTE - Ação proposta objetivando o ressarcimento de danos decorrentes de colisão de veículo por trem, onde se busca indenização por danos morais - Ação julgada procedente, compondo-se os danos morais - Colisão ocorrida durante a travessia dos trilhos, na passagem de nível ali existente, passagem essa que não era dotada de se semáforo ou cancela, apenas com placas indicativas de "pare" e existência de cruzamento férreo - Legitimidade passiva da apelante evidente, pois é a responsável pela linha, já que está a explorá-la - É a controladora majoritária da Ferroban que, aos olhos das pessoas em geral, é tida como a "dona" do negócio - Culpas bem definidas, pois ambas as partes concorreram para com o evento – As rés, por falha da sinalização, fiscalização e manutenção das máquinas, e o pai dos autores porque entregou o seu veículo a pessoa não habilitada, que acabou parando o veículo por sobre o cruzamento, ocasionando o acidente - Danos morais divididos, em razão da culpa concorrente - Dano moral evidente, em razão do falecimento do pai dos autores - Valor bem fixado, que não merece alteração - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ALL - AMERCIA LATINA LOGÍSTICA S/A**, junto aos autos da ação de indenização por danos morais, que lhe promove os apelados **OSVALDO CASAGRANDE, PAULO SERGIO CASAGRANDE** e **CELSO CASAGRANDE**, tendo, ainda, como corré a **SANTA ROSA ARMAZENS GERAIS E COMÉRCIO DE GRÃOS LTDA.**, decorrente de colisão de composição ferroviária com veículo particular, em passagem de nível, ação essa julgada procedente, conforme r. sentença de fls. 415/420, cujo relatório fica adotado.

Foram interpostos embargos declaratórios pela corré Santa Rosa Armazéns Gerais, os quais resultaram rejeitados.

Recorre a corré All - América.

Aduz, em seu reclamo, que seria parte Ilegítima para figurar no polo

Acesso ao Sumário

passivo, vez que é a acionista controladora da Ferroban - Ferrovias Bandeirantes S/A., que é a empresa que explora a linha onde os fatos ocorreram. Além do mais, sustenta que a culpa do acidente deve ser atribuída, de forma exclusiva, para a infeliz vítima, porquanto teria entregue o veículo a pessoa não habilitada, que acabou parando o veículo por sobre o cruzamento de nível, fazendo com que a composição o atingisse. Assim, o motorista, desrespeitando a sinalização existente, acabou parando por sobre o cruzamento e, embora tentasse retirar o veículo, a colisão foi inevitável. Esclarece, ainda, que o motorista da composição adotou todas as cautelas necessárias, inclusive com os avisos sonoros, nada justificando a condenação imposta. Dessa forma, a responsabilidade do acidente seria, de forma exclusiva, tanto à infeliz vítima, quanto ao motorista do veículo. Traz precedentes jurisprudenciais. Impugna, ainda, o valor dos danos morais, entendendo que o valor é excessivo. Pugna, ao final, pelo provimento do reclamo, com reforma da sentença, extinguindo-se a ação, ou julgando-a improcedente, por culpa de terceiro, ou se reduza o valor da condenação (fls. 435/449).

Recurso regularmente processado, com preparo, e com resposta a fls. 463/466, pugnando pela manutenção do julgado.

Sem qualquer manifestação da corré Santa Rosa Armazéns Gerais.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de recurso de apelação interposto junto aos autos de ação de indenização, decorrente de colisão de veículo com composição férrea, numa passagem de nível, ação essa julgada procedente, para o fim de condenar as rés, de forma solidária, a pagarem aos autores a quantia de R$ 50.000,00, a título de danos morais, com correção e juros a partir da condenação, e com imposição de sucumbência em desfavor das acionadas.

Pois bem.

Pelo que consta dos autos, tenho que a r. sentença deve ser mantida tal qual proferida.

Consta dos autos que, no dia 13 de fevereiro de 2008, o pai dos autores, Sr. Sebastião Casagrande, veio a falecer em decorrência de um acidente envolvendo um veículo particular e uma composição férrea, em cruzamento de nível existente na Estrada Velha de Limeira, no Bairro do Tatu. A inicial atribui responsabilidade às rés, que teriam sido negligentes e imprudentes, vez que a composição estava com os freios avariados, e a sinalização era falha. Com o acidente, o pai dos autores veio a falecer em razão da colisão ocorrida.

Diante disso, busca, com a ação, composição de danos morais.

Ao julgar a ação, o Juízo, após analisar as provas constantes dos autos, reconheceu a culpa concorrente e determinou o pagamento da indenização pleiteada, no valor de R$ 50.000,00, entendendo comprovada a culpa objetiva das rés, já que a All - América era a responsável pela composição e pela via

Acesso ao Sumário

férrea, ao passo que o condutor era empregado da Santa Rosa Armazéns Gerais.

De início, observo que não é o caso de se reconhecer a ilegitimidade passiva da apelante, porquanto é ela a responsável pelo trecho da ferrovia onde ocorreu o acidente. Tal fato está esclarecido a fls. 354, ou seja, no ofício do Ministério dos Transportes, respondendo a indagação do Juízo.

Dessa forma, e também por ser o acionista majoritário da Ferroban, dúvidas não há de que a apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da ação. Ademais, e aos olhos das pessoas comuns, dos consumidores, é a All - América a responsável pelo negócio, não se sabendo, ao certo, se a Ferroban ainda está em operação.

Mas, sendo a acionista majoritária, a sua responsabilidade é evidente.

Fica rejeitada tal preliminar.

No mais, a sentença deve ser mantida, pois não é o caso de se reconhecer culpa exclusiva de terceiro ou da vítima fatal.

Ora, diante do que consta dos autos, tenho que correta a solução preconizada em primeiro grau, posto que o acidente ocorreu por culpa de ambas as partes.

Vejamos.

A colisão, e o consequente falecimento do pai dos autores, decorreram da conduta de ambas as partes. Do pai dos autores, porque acabou, imprudentemente, entregando o veículo a pessoa não habilitada, que se mostrou incapaz de conduzir o veículo. Tanto isso é verdade que, ao deixar o veículo "morrer" por sobre o cruzamento, não foi perito em dali retirá-lo, vindo a concorrer com a colisão. E das rés porque não dotaram o local, conforme as fotografias informam, dos equipamentos de segurança necessários e comezinhos, quais sejam, cancela, sinal sonoro e sinalização semafórica. E, além disso, a composição que era puxada tinha sérios problemas de freio.

Tivesse o autor na direção do veículo, não tendo entregue a pessoa não habilitada, muito provavelmente, o acidente não ocorreria. E, tivessem as rés dotado o local com maior segurança para a travessia, assim que o trem estivesse se aproximando, a cancela fecharia, o sinal sonoro tocaria, e o sinal semafórico estaria no vermelho, justamente para alertar os transeuntes da presença de composição, bem como observasse as condições da composição, fato que deveria ter sido apurado pelo maquinista, o acidente também poderia ter sido evitado. Era o básico e necessário.

No entanto, as fotografias constantes dos autos indicam que a passagem de nível é dotada apenas de sinalização estática, sem maiores alertas. E o mato existente ao redor era alto, o que prejudicava a visão.

Assim, e tratando-se de responsabilidade subjetiva, e não objetiva, diante

Acesso ao Sumário

da omissão ocorrida, não há como não se reconhecer a culpa concorrente, de todos os envolvidos, o que enseja a composição dos danos morais.

Com efeito, tratando-se de omissão na fiscalização, na manutenção, já que a ré-apelante é concessionária de serviço público, correta a posição adotada pelo Juízo, a respeito de sua responsabilidade, embora fosse o caso de se reconhecer a responsabilidade subjetiva. Nesse sentido, aliás, é a posição trazida do festejado mestre Celso Antonio Bandeira de Mello.

E a sua culpa reside justamente no fato de não dotar a passagem de nível com elementos maiores de fiscalização e controle. Só as placas estáticas não deram e não dão certo. Há a necessidade de cancelas, de sinais sonoros e luminosos, como, aliás, é utilizado em todas as passagens de nível pelo mundo afora. Basta pesquisar, ver, ler a esse respeito. E o local é desabitado, no meio do mato (fls. 73), tudo a ensejar maiores cuidados e manutenção.

Quanto ao pai dos autores, forçoso concluir que também contribuiu para com o evento, pois entregou veículo a pessoa não habilitada, que se mostrou incapaz de conduzir o veículo, parando-o por sobre o cruzamento, e não se apercebendo da chegada do trem.

Correto, portanto, a meu sentir, o reconhecimento da concorrência de culpas, fato esse que tem reflexos na indenização pleiteada. E a proporção de 50% de culpa para cada uma das partes é razoável, e deve ser reconhecida. Ambas as partes concorrem para com o evento, de forma igual.

Quanto ao dano moral, o mesmo é devido, justamente no valor fixado pelo Juízo, já que evidente a sua incidência.

Segundo Yussef Cahali, o dano moral *"representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em suas atividades especulativas; o abalo da credibilidade molesta igualmente o particular, no que vê empenhada a sua honorabilidade, a sua imagem, reduzindo o seu conceito perante os concidadãos; o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada."*

Oportuno, ainda, colacionar a definição de dano moral que nos é apresentada por Savatier como sendo *"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, a suas feições, etc."* (Traité de la responsabilité civile, vol. II, n. 525) e, segundo Dalmartello, em sua obra Danni morali contrattuali, *"tem como elementos caracterizadores*

Acesso ao Sumário

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 afetiva 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* Revista di diritto Civile, 1933, p. 55, apud Responsabilidade Civil, Rui Stocco, RT, 4ª edição, p. 674).

Trata-se, então, do dano moral puro, caracterizado nos efeitos dolorosos do falecimento do pai dos autores. A perda é eterna, com reflexos marcantes na vida dos autores.

Portanto, tenho que caracterizado ficou o dano moral, não se podendo falar em mero aborrecimento, mero desconforto com os fatos. A experiência é traumática.

E o valor fixado pelo Juízo apresenta-se correto, pois atende a equação reparação-capacidade econômica das partes-possibilidade. Ademais, o valor será dividido por três. Não é o caso de qualquer redução.

A correção foi bem fixada, atendendo a súmula 362 do C. STJ, ao passo que os juros seriam devidos desde o evento danoso (súmula 54). No entanto, foi fixado a partir da sentença e, na ausência de recurso dos autores, fica mantido como está.

Por tais motivos, tenho que o recurso não vinga, e a sentença merece ser mantida, porquanto deu correta solução às lides, com as observações aqui mencionadas.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **REJEITO** a matéria preliminar e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0067840-04.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NEWTON SOEIRO ANTÃO e QUALITEK ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, é apelado ARNALDO RIBEIRO SALDANHA NETO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21653)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 20 de março de 2014.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE – Exclusão judicial de sócio por incapacidade superveniente, na forma do art. 1.030 do CC - Sociedade limitada de natureza personalista - Réu responsável técnico pela área de saúde, conforme previsto no contrato social e indispensável à consecução das atividades sociais - Ausência da prática de ato grave pelo sócio, mas a superveniência de moléstia mental coloca em risco a continuidade da empresa e leva à possibilidade de sua exclusão - Exclusão que guarda íntima relação com o princípio da preservação da empresa - Haveres deverão ser apurados em sede de liquidação, e são devidos a partir da data em que o sócio deixou de fato a sociedade - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 351/353 dos autos, que julgou improcedente ação de dissolução parcial de sociedade empresária ajuizada por **NEWTON SOEIRO ANTÃO** em face de **ARNALDO RIBEIRO SALDANHA NETO**.

Fê-lo a sentença, basicamente, sob o argumento de que a interdição do requerido ainda não se tornou definitiva, havendo a hipótese de sua reversão, de modo que prematuro o reconhecimento de perda de *affectio societatis*. No mais, não teria se caracterizado a prática de qualquer falta grave por parte do réu ou de sua curadora provisória.

Recorre o autor, alegando à fls. 362/377 o cerceamento de seu direito de defesa, pois se viu impedido de produzir provas. Sustenta ter havido ato de inegável gravidade e a quebra da *affectio societatis*. Invoca cláusula contratual que prevê a exclusão por interdição de qualquer dos sócios, bem como o disposto no art. 1.030 do CC. Entende ser a exclusão medida impositiva para o caso concreto.

O apelo foi contrariado (fls. 386/408).

É o relatório.

1. Não padece a sentença de vício de nulidade por cerceamento de defesa.

Acesso ao Sumário

As questões relevantes para o deslinde da questão são unicamente de direito e estão escoradas em prova documental já encartada aos autos, de modo que correto foi o julgamento antecipado da lide, independentemente da realização de prova específica, quer pericial, quer oral.

A produção de provas seria impertinente ao julgamento da lide. O que se discute, em última análise, é se a incapacidade superveniente de um dos sócios, fato incontroverso nos autos, é causa legal e estatutária de sua exclusão.

2. O recurso comporta provimento, preservado o entendimento da MMa. Juíza de Direito.

Autor e réu constituíram em 27/10/2010 a sociedade limitada Qualitek Administradora de Benefícios Ltda..

A responsabilidade administrativa seria de exclusividade do sócio autor, e ao réu, por sua vez, caberia a responsabilidade técnica pela área de saúde.

Certo que o sócio réu, Arnaldo, acometido por grave depressão com ideias de suicídio, foi afastado por duas vezes de seu cargo de Diretor na empresa Amil em meados de 2000, e novamente em 2008.

Uma vez constituída a pessoa jurídica Qualitek em 2010, ocorreu que em novembro do ano seguinte decidiu-se pela elevação de seu patrimônio líquido, e, assim, necessário o aporte de mais recursos.

O réu se manifestou contrariamente a tal alteração, sendo que o sócio Newton foi o único a investir à época na sociedade, ficando com 80,77% do capital social e na qualidade de sócio majoritário.

Sucedeu-se que em 12/03/2012 o autor foi notificado da interdição provisória do réu, decorrência de seu transtorno mental depressivo, e então propôs esta ação com vistas a excluí-lo da sociedade, basicamente, sob o fundamento de que teria surgido desconfiança e desentendimentos que evidenciariam a quebra da afeição entre os sócios. Além disso, argumentou que o réu, ao deixar de exercer ativamente sua função teria praticado ato de inegável gravidade em prejuízo da empresa.

3. Inicialmente, cumpre ressaltar que o regime jurídico da exclusão de sócio minoritário de sociedade empresária sofreu séria alteração em virtude do que contém o artigo 1.030 do novo Código Civil, que não mais se contenta com a fórmula indeterminada e obscura do desaparecimento da *affectio societatis*.

Trata-se de princípio incompatível e praticamente ignorado pelos mais modernos sistemas jurídicos. Inversamente, sua aplicação acrítica e sem qualquer sistematicidade, ainda insiste em ecoar no direito brasileiro.

Contudo, este antigo entendimento não merece reverberar. Na realidade, a quebra da *affectio societatis* jamais poderá isoladamente ser considerada causa da exclusão. Pelo contrário, ela será, quando muito, consequência de

Acesso ao Sumário

determinado evento sério e objetivo, que configure quebra grave dos deveres sociais imputável ao excluindo, este sim suficiente a determinar a exclusão **(Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social, *in* Direito Societário Contemporâneo I, Quartier Latin, ps. 131 e seguintes)**.

Também não cabe falar em falta grave por parte do réu Arnaldo. No caso concreto, não restou demonstrada a existência de quaisquer atos revestidos de inegável gravidade, que possam ser imputados ao réu, de modo a permitir a sua exclusão.

O autor não apontou nenhum fato específico capaz de gerar repercussões negativas à sociedade. Esta alegação, além de genérica, também é descabida, visto que eventual inabilidade ou falta de aptidão de sócio para a consecução das atividades sociais não enseja a caracterização de falta grave.

Considerando, pois, que a mera alegação de quebra de *affectio societatis* não é suficiente para a exclusão de sócio minoritário, e a inocorrência de qualquer ato específico que pudesse ser gravoso à sociedade, impossível o deferimento do pedido do autor com base nesses dois argumentos.

4. Contudo, no que toca à exclusão por incapacidade superveniente do sócio, assiste razão ao apelante.

Não se olvide que o tema da participação do incapaz nas sociedades empresariais tem suscitado séria controvérsia, e por isso merece análise mais detida.

Sabido que se está a tratar de uma sociedade limitada de matiz personalista, formada por dois sócios somente, voltada à prestação de serviços na área de saúde, especialmente assessoria e planejamento de planos coletivos de saúde.

Sendo assim, e de maneira contrária às sociedades capitalistas (em que a maior preocupação dos sócios é de ordem pecuniária), aqui se confere grande importância aos atributos pessoais de cada sócio.

Apropriado também que se atente a distinguir, nas relações intra-societárias, a existência de dois tipos diferentes de sócios: os que são pessoalmente importantes para o empreendimento e que deverão trabalhar efetivamente para ser atingido o fim social, e os que se limitam a colaborar para a formação do capital social, sem qualquer envolvimento pessoal com a atividade economicamente explorada, chamados investidores **(Manoel de Queiroz Pereira Calças, Sociedade Limitada no Novo Código Civil, pag. 27).**

Portanto, nesse sentido, necessário um exame casuístico que leve no caso concreto em consideração as implicações dessa incapacidade do sócio para a sociedade.

Saliente-se, que aqui não cabe falar em exclusão automática do sócio, mas sim em verificar se sua inaptidão afetará ou não o desenvolvimento das atividades sociais.

Cabe ao réu sócio excluendo, médico, a responsabilidade técnica pela área de saúde da sociedade, conforme previsto no contrato social. Não é mero sócio investidor ou capitalista, mas sim, frise-se, assumiu responsabilidade técnica perante a ANS.

Trata-se de sócio pessoalmente importante para a sociedade, que por suas qualidades pessoais, e como conhecedor da área médica, é de extrema relevância para o sucesso do empreendimento. Parece evidente que a incapacidade superveniente do sócio, acometido de moléstia mental, compromete sobremaneira e coloca em risco as atividades sociais.

Vários caminhos abrem-se aos consócios: a) o sócio que se torna incapaz é mero prestador de capital, e sua interdição em nada altera a vida social; b) sua moléstia mental põe em risco a continuidade da empresa, o que determina a sua exclusão pelos consócios; c) o sócio acometido de incapacidade é indispensável à continuidade da empresa, o que determina a dissolução e liquidação da sociedade **(José Waldecy Lucena, Das Sociedades Limitadas, pag. 254).**

No caso em tela, evidente que se trata da segunda hipótese. Apesar de não ser responsável pela administração da sociedade, o réu Arnaldo desempenhava relevante função de responsável técnico, indispensável à consecução do objeto social de assessoria e contratação de planos coletivos de saúde.

Acrescente-se ainda o fato de que a sociedade é formada por dois sócios somente, e é inegável a falta que um deles faria ao seu bom funcionamento, especialmente se responsável técnico.

Na lição de **Avelãs Nunes**, nem todas as causas suscetíveis de justificar a exclusão de um sócio podem configurar-se como não-cumprimento imputável de seus deveres, ou seja, não deriva necessariamente de culpa ou dolo. E indaga: que dever viola o sócio, que por força de doença incurável ou prolongada, se encontra impossibilitado de acompanhar a atividade social? O fundamento do direito de exclusão de sócios deriva da própria característica das sociedades como entes que se destinam à prossecução do escopo comum dos sócios, prossecução para a qual devem colaborar todos os sócios, conforme resulta do próprio conceito de sociedade. Este dever assume maior alcance nas sociedades em que a pessoa dos sócios tem maior relevância **(A. J. Avelãs Nunes, O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais, pag. 79 e ss).**

Essa a razão que justifica a exclusão do sócio responsável pela área técnica acometido de moléstia mental incapacitante.

Cumpre frisar que apesar de a cláusula 14 do contrato social falar em *interdição*, não há necessidade de se esperar sentença passada em julgado para

Acesso ao Sumário

a exclusão.

Isso, porque, em se tratando do procedimento judicial, verifica-se que o art. 1.030 do Código Civil, considera, por si só, a incapacidade, como causa suficiente para tanto, como se vê:

> *"Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente."*

Como é elementar, não é a interdição que torna a pessoa incapaz, uma vez que a ausência de discernimento é preexistente. A interdição apenas gera o estado jurídico de incapaz e faz prova pré-constituída da incapacidade.

No caso concreto, a interdição do réu foi requerida por seu cônjuge em razão de moléstia mental (art. 3º, I do CC), e ninguém se abalança afirmar que antes da sentença final o interditando se encontra provido de discernimento para a prática dos atos da vida civil. Prova maior disso é que foi requerida e deferida a nomeação de curador provisório à pessoa do réu.

Em resumo, a incapacidade incontroversa superveniente do réu constitui causa prevista em lei e no contrato social para exclusão do sócio de sociedade de pessoas, na qual era o responsável técnico.

5. Resta traçar balizas para apurar os haveres do sócio excluído da sociedade.

Sabido que a lição da melhor doutrina e o mais moderno entendimento do Superior Tribunal de Justiça convergem no sentido de que o momento relevante para a apuração dos haveres é o do afastamento do sócio.

Na lição clássica de **Ernani Estrella**, após analisar todos os critérios, *"o momento que se deve reputar consumado, nas relações de ordem interna, é óbvio, o afastamento de sócio, é este momento que deve ser considerado para determinação das vantagens que lhe possa caber. Continuando a sociedade a operar normalmente, se faz mister discriminar as operações novas das preexistentes, pois só quanto a estas é que o ex-sócio participa, assim nos ganhos, como nas perdas"* **(Apuração de Haveres de Sócio, 3ª. Edição atualizada, Forense, p. 146).**

O mais moderno entendimento do Superior Tribunal de Justiça, depois de algum titubeio inicial, vai no sentido acima posto. Decidiu-se, em data recente, que *"a data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado. Quando o sócio exerce o direito de retirada de sociedade limitada por tempo indeterminado, a sentença apenas declara a dissolução parcial, gerando, portanto, efeitos ex tunc"* **(REsp 646221 / PR, Ministra NANCY ANDRIGHI).**

Acesso ao Sumário

Logo, a data base de apuração dos haveres será a data em que o réu desligou-se de fato da sociedade, deixando de exercer a sua atividade de responsável técnico.

Os haveres do sócio retirante serão apurados por seu valor real de mercado, mediante perícia contábil e, se necessário, de avaliação. O valor encontrado será o mesmo que seria pago se houvesse a alienação negocial da participação social, com a inclusão do valor correspondente ao fundo de comércio do quinhão do sócio retirante **(REsp n. 271.930-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 25/02/2002; REsp n. 43.395-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJ de 28/06/1999; REsp n. 77.122-PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08/04/1996).**

É também o sentir de **Priscila Correa da Fonseca**, para quem entre os bens que compõem o complexo organizado pelo empresário para o desempenho da atividade econômica se encontram não somente os corpóreos, como imóveis, móveis, maquinários, instalações, matéria-prima, veículos, utensílios, dinheiro, títulos e valores mobiliários, como, também, os incorpóreos, como os privilégios de invenção, marcas, insígnias, sinais distintivos, nome, título do estabelecimento, ponto, expressões de propaganda, concessões, etc. **(Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio, 4ª. Edição Atlas, p. 218/219).**

A apuração dos haveres será feita em execução por arbitramento, seguindo os moldes acima, ou seja, tomando como data base a data do afastamento de fato do sócio excluído e englobando todos os ativos tangíveis e intangíveis, inclusive o aviamento, por seu valor de mercado.

6. Em razão do provimento do recurso, para o fim de julgar procedente a ação de dissolução parcial da sociedade, arcará o réu com o pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que fixo, com moderação, atento aos parâmetros do art. 20, par. 4º. do CPC, na quantia de R$ 3.500,00.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001153-52.2005.8.26.0080, da Comarca de Cabreúva, em que é apelante ORAIDE PAVANI E IRMÃ S/C LTDA., é apelado O MOINHO MOAGEM ESPECIAIS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 8289)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente), MÔNICA SERRANO E DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2014.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO JULGADA PROCEDENTE - Apelada que não conseguiu efetuar o pagamento de cheque inadimplido - Recusa da credora apelante em receber o pagamento demonstrada - Motivos para a recusa descabidos - Pedido corretamente acolhido.

SUCUMBÊNCIA-HONORÁRIOSADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PLEITEADO - ESTIPULAÇÃO *ULTRA PETITA* - Verba que deve ser reduzida ao montante pleiteado inicialmente, equivalente a vinte por cento sobre o valor consignado - Recurso parcialmente provido, para serem reduzidos os honorários.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária, denominada de consignação em pagamento que a autora O Moinho Moagem Especiais Ltda. moveu contra a ré Oraide Pavani e Irmã S/C Ltda.. Alegou a autora que emitiu cheque para pagamento parcial de mensalidade escolar. O cheque não foi compensado por falta de provisão de fundos. A ré se recusa receber os valores relativos à cártula, daí a necessidade de consignação.

A ação foi julgada procedente (fls. 95/96).

A ré apelou (fls. 98/106). Sustentou, em suma, que a decisão era *ultra petita*, porque a apelada pedira a fixação dos honorários em vinte por cento sobre o valor do depósito. Os honorários advocatícios estipulados na sentença superaram o valor atribuído à causa. No mérito, afirmou que, antes da consignação dos valores representados pelo cheque inadimplido, já tramitava ação executiva amparada no contrato de prestação de serviços escolares e de reparação por dano moral. O débito representado pelo cheque era proveniente da contratação de serviços escolares. O valor devido deveria ser acrescido dos encargos estabelecido no contrato de prestação de serviços escolares. Os

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios eram excessivos. Pelo que expôs, pediu que seu recurso fosse provido para o fim de ser julgada improcedente a ação, ou para que se desse a redução da verba honorária.

Em resposta (fls. 114/117), a apelada pugnou pelo desprovimento do recurso e pediu que a apelante fosse considerada litigante de má-fé.

Recurso regularmente processado.

É a síntese necessária.

A objeção preliminar constante do apelo, pertinente à fixação dos honorários em valor maior do que o pedido, diz respeito ao mérito e será analisada na sequência.

Quanto ao mérito propriamente dito, o recurso comporta parcial provimento.

A parte desprovida diz respeito ao tema principal em discussão, qual seja, a consignação do valor referente ao cheque de emissão da apelada entregue à apelante.

A apelada alegou e comprovou a existência de restrição de seu nome. Isso se deu em decorrência da devolução de cheque por ela emitido em favor da apelante (fls. 21).

Para haver a baixa do cadastro, a apelada tentou fazer o pagamento à apelante. Como a credora acabou por se recusar a receber o valor representado pela cártula, a apelada propôs a presente ação de consignação em pagamento. Com isso, pretendeu licitamente exonerar-se da obrigação.

Patente a possibilidade da consignação na hipótese, forte no art. 335 do Código Civil, de seguinte redação:

"A consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma".

A apelante não negou que se recusou a receber o valor referente à cártula devolvida. Em verdade, ainda que indiretamente, ela sustentou que a recusa foi justa.

Disse a apelante que o cheque lhe foi entregue para pagamento de dívida pertinente a contrato de prestação de serviços escolares. Para pagamento parcial da obrigação decorrente de tal contrato, houve a emissão do cheque pela apelada. Entretanto, não foram quitados nem o cheque e nem o crédito remanescente, oriundo do indigitado contrato de prestação de serviços escolares.

A apelante sustentou que na ocasião em que foi cientificada sobre a ação de consignação, já havia ajuizado ação executiva amparada no contrato de prestação de serviços escolares. Por conta disso, não bastava a consignação do montante relativo ao cheque inadimplido. Havia a necessidade de o valor

Acesso ao Sumário

consignado corresponder ao total da dívida oriunda do contrato, inclusive com a incidência da multa de 10%.

Os argumentos da apelante não colhem.

Por primeiro, cabe anotar que o cerne da questão não guarda relação direta com o contrato de prestação de serviços escolares firmado entre as partes. Tampouco há liame entre esta ação e outra na qual é exigida a integralidade da dívida referente ao contrato. O que se discute na presente ação é o direito de a apelada consignar o valor referente ao cheque anteriormente devolvido, bem como a eficácia - ou não - do depósito efetuado em favor da apelante para a quitação da obrigação cartular. Não há discussão sobre o contrato de prestação de serviços.

O raciocínio da apelante no que tange tanto à recusa de recebimento do valor referente apenas ao cheque - despido do valor devido por conta do contrato -, como quanto ao montante a ser consignado, peca por um aspecto: a apelada não contratou a prestação de serviços dita inadimplida. Quem o fez foi seu sócio, o Sr. Marcos Antonio Federzoni, contra quem a apelante move execução (cf. fls. 59). Se a apelada não contratou, estava obrigada tão-só a honrar o pagamento da dívida representada pela cártula que emitiu. Justamente a dívida que a apelante se recusou a receber, por entender que também outros valores, como dito, decorrentes do contrato de prestação de serviços escolares, deveriam ser honrados.

O fato de a apelada reconhecer que o cheque inadimplido representa parte do pagamento dos serviços contratados com a apelante, não a vincula à obrigação representada pelo contrato. Sua responsabilidade está limitada exclusivamente à obrigação cambial representada pelo cheque, eis que não anuiu com o contrato de prestação de serviços escolares - seja na condição de contratante, ou de garantidora. É o que se pode verificar do instrumento de fls. 15/17. Nele sequer consta o nome da apelada.

A conclusão é inevitável: não havia como se condicionar o recebimento do valor representado pela cártula à quitação de outras quantias inadimplidas, decorrentes do por tantas vezes referido contrato de prestação de serviços escolares.

O fato de a cártula encontrar-se encartada nos autos da ação de reparação de dano movida pela apelante contra a apelada - cópia da inicial de tal ação foi juntada a fls. 62/68 - também não inviabilizava a consignação dos valores. Naquela demanda não está sendo requerido o pagamento do título, como afirmou a própria apelante. Trata-se de ação na qual a apelante visa a reparação de suposto dano, decorrente de ato ilícito que envolveria a apelada, mas que não versa diretamente sobre a dívida oriunda da cártula objeto desta demanda.

A i. magistrada sentenciante bem analisou a questão: *"Cuidando-se*

de hipótese em que é possível ao devedor purgar a mora, embora estivesse inicialmente em situação que não lhe permitisse manejar a ação de consignação, por não ter havido recusa ao pagamento, como alega a requerida, a partir do momento em que pretende o devedor cumprir a obrigação e lhe sendo, na hipótese, possível tal fato exsurge para si o direito de consignar ao credor, que passa a ser considerado em mora. Nem seria admissível, no caso concreto, a situação inversa: manter-se o devedor na posição eterna de inadimplente, quando dispõe de meios e pretende saldar o débito existente".

Descabida a pretensão da apelante de corrigir o valor consignado - R$ 416,66 - com base nos encargos pactuados no contrato de prestação de serviços escolares.

Como dito, não há liame direto entre a apelada e a apelante, no que concerne ao contrato de prestação de serviços escolares. Assim, os índices contratados na avença não obrigam a apelada, mas só o contratante, não obstante este seja sócio daquela. Corolário, devem subsistir os índices aplicados pela apelada sobre o débito (atualização monetária pela tabela do TJSP e juros de mora, na base de 1% ao mês), os quais, diga-se de passagem, não foram impugnados.

Em suma, não havia como se afastar a pretensão principal, já que era direito da apelada consignar o valor representado pela cártula precedentemente devolvida, ante a recusa da apelante quanto ao recebimento. Correto o valor consignado, ele tem aptidão para fazer com que se reconheça o pagamento do crédito - com a consequente quitação - representado pelo título de emissão da apelada. Como decorrência, o pedido foi corretamente acolhido, pelo que a decisão combatida não merece reparos.

Agora, a parte do recurso que merece ser provida.

No que concerne aos honorários advocatícios, a apelante inquinou a decisão de *ultra petita*, em vista de a fixação em seu desfavor ter se dado em montante superior ao valor pleiteado - inclusive superior ao valor da causa.

Não obstante a fixação dos honorários sucumbenciais possa se dar independentemente de pedido da parte e em valor superior ao da causa, por decorrer de lei - mais especificamente do art. 20 do C.P.C. -, no caso dos autos houve pedido expresso a respeito do montante da verba. O ilustre procurador da apelada - o maior interessado - pediu que os honorários fossem estipulados em vinte por cento sobre o valor consignado.

Sobre a impossibilidade da fixação de verba honorária em montante superior ao expressamente pleiteado, de se verificar RT 540/176; STJ-3ª T., REsp 12.585.

Observada tal peculiaridade, a estipulação da verba em montante superior ao pedido se caracteriza mesmo como *ultra petita*, o que leva ao expurgo do excesso. Assim, os honorários devem ser reduzidos para o montante pedido

Acesso ao Sumário

inicialmente - vinte por cento calculados sobre o valor consignado corrigido e os demais acréscimos acima já referidos.

Por derradeiro, não colhe a pretensão da apelada, de reconhecimento da litigância de má-fé, pois a conduta processual da apelante não desbordou as fronteiras do regular exercício do direito de defesa. Aliás, o provimento parcial do recurso faz ver isso de forma estreme de dúvidas.

Nestes moldes, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008808-25.2013.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado/apelante GERSINO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu e deram provimento, em parte, ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente) e CORREIA LIMA.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA INDEVIDA, DÉBITO, ESTORNO DE VALORES E CADASTRO DE INADIMPLENTES - Reconhecida a existência da indevida movimentação financeira, objeto do litígio, compreendendo os indevidos saques e operações, com consequentes indevidos débitos de valores da conta corrente do autor e indevida inscrição dos respectivos débitos em cadastro de inadimplentes, por culpa do banco réu, uma vez que a dívida apontada é inexigível em relação ao autor, porque não demonstrado que contraído pelo autor correntista, mas decorrente de defeito de serviço e decorrente de ato ilícito do banco, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta do autor contra ação de fraudadores, o que

Acesso ao Sumário

caracteriza falha de serviço, de rigor, a confirmação da r. sentença, quanto: (a) à declaração de nulidade das movimentações financeiras objeto do litígio e à deliberação de tornar definitiva a tutela de urgência para excluir as negativações referentes aos débitos objeto do litígio; e (b) condenação do banco na obrigação de fazer de estornar o valor correspondente à indevida movimentação financeira, objeto do litígio, compreendendo os indevidos saques e operações, na conta corrente do autor, bem como todos os encargos oriundos das mesmas.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Comprovado o defeito de serviço, consistente na indevida movimentação financeira, objeto do litígio, compreendendo os indevidos saques e operações, na conta corrente do autor, e de consequente indevida inscrição dos respectivos débitos em cadastro de inadimplentes, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar o autor pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

DANO MORAL - A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes constitui, por si só, fato ensejador de dano moral - A retirada de valores da conta bancária do autor via operações indevidas, por culpa do banco, com o esvaziamento da conta, constitui, por si só, fato ensejador de dano moral - Dano moral majorado para R$14.480,00, equivalente a 20 salários mínimos na data deste julgamento.

Recurso do réu desprovido e recurso do autor provido, em parte.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 158/162 acrescenta-se que foi julgado "parcialmente procedente o pedido inicial formulado por GERSINO DA SILVA em face de ITAÚ UNIBANCO S/A, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, torno definitiva a tutela antecipada deferida às fls. 76, declaro nulidade das movimentações financeiras objeto do litígio (os débitos: de

Acesso ao Sumário

R$ 4.500,00, R$ 4.500,00, R$ 700,00, R$ 4.500,00, R$ 4.600,00, R$ 4.900,00, R$ 500,00, R$ 500,00, R$ 4.900,00, R$ 3.700,00, R$ 700,00, R$ 700,00, R$ 300,00, R$ 3.700,00, R$ 550,00, R$ 400,00, R$ 23,18; e os créditos: de R$ 9.300,00, R$ 10.000,00, R$ 3.131,73, R$ 3.700,00, R$ 3.700,00, R$ 23,18;), condeno o banco réu a estornar todas as movimentações financeiras citadas, bem como todos os encargos oriundos das mesmas, e condeno o banco réu a pagar ao autor a quantia de R$ 5.000,00 à título de indenização por danos morais, devidamente atualizada pela Tabela do Tribunal de Justiça, desde o ajuizamento da ação (Lei nº 6.899/81, artigo 1º, § 2º) e, a partir da citação, acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil, que remete ao artigo 161, § 2º, do Código Tributário Nacional. No mais, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência no importe de 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil".

Apelação do réu (fls. 166/170) sustentando que: (a) "a parte recorrida é a única responsável pela concretização da fraude, pois somente a sua desídia em ceder seu cartão ao seu marido e por este ter-se deixado envolver pelo fraudador é que permitiu a efetivação das transações"; e (b) "não há comprovação da extensão do dano que justifique uma condenação em dano moral".

Apelação recebida (fls.173) e processada, com resposta apresentada pelo autor (fls. 177/188).

Recurso adesivo do autor (fls. 190/196), sustentando que devem se majorados os danos morais para o patamar de 100 salários mínimos e os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

O recurso adesivo foi recebido (fls. 197) e processado, com resposta do réu (fls. 200/208).

É o relatório.

1. A pretensão recursal do réu é de reforma da r. sentença, "para julgar improcedente a pretensão do recorrido".

A pretensão recursal do autor é de reforma da r. sentença para majorar o valor arbitrado a título de danos morais, para 100 salários mínimos, e elevar os honorários advocatícios para 20% do valor da condenação.

2. Reforma-se, em parte, a r. sentença.

2.1. A relação entre as partes, na espécie, está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos da Súmula 297/STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, é de se reconhecer que a relação jurídica entre as partes, objeto da ação, em que

Acesso ao Sumário

intervém o autor como destinatário final, é de consumo.

2.2. O banco responde objetivamente pelos danos causados ao correntista, em razão de defeitos no serviço prestado e de fatos com relação com os próprios riscos da atividade, no que concerne, dentre outras, à de cobrança e protesto de títulos, à devolução de cheques e à inclusão/manutenção de débitos em arquivos de consumo, em razão do disposto no art. 14, do CDC.

"Como é sabido, para que se configure a obrigação de indenizar, indispensável que estejam presentes os três requisitos ensejadores da mesma, quais sejam: (i) o *ato ilícito*, (ii) o *dano* experimentado pela vítima e (iii) o *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Nesse sentido, de se notar que o CDC aplica-se às instituições financeiras conforme a Súmula n° 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes, é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do CDC. Assim, a responsabilidade do recorrido prescinde de culpa sua, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC, estabelece no inciso II do § 3º do art. 14 do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

2.3. Em demandas promovidas por correntistas imputando saques e operações indevidas, em conta corrente, mediante uso de cartões eletrônicos, incumbe ao banco provar que as operações foram realizadas regularmente, "tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha", por força do disposto nos arts. 6º, VIII, e 14, *caput*, do CDC, e art. 333, II, do CPC.

Nesse sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: (a) "Direito processual civil. Ação de indenização. Saques sucessivos em conta corrente. Negativa de autoria do correntista. Inversão do ônus da prova. **- É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. - Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade**

Acesso ao Sumário

de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha. - Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido." (STJ-3ª Turma, REsp 727843/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 15/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 553 RDDP vol. 40 p. 145, o destaque não consta do original); e (b) "Consumidor. **Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. - Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. - Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. - Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente.** Recurso não conhecido." (STJ-3ª Turma, REsp 557030/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 16/12/2004, DJ 01/02/2005 p. 542 RSTJ vol. 191 p. 301, o destaque não consta do original).

Na espécie, presente também o requisito da hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, do CDC, para a inversão do ônus da prova, visto que o consumidor desconhece os mecanismos de segurança utilizados pelo banco.

Ademais, é de se ver que compete à instituição financeira ré manter toda a documentação relativa à sua atividade, por imposição legal, enquanto não operar a prescrição e a decadência em relação aos atos nela consignados.

2.4. Reconhece-se a existência de falha na prestação do serviço pelo banco, no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta do autor contra a ação de fraudador, falha de serviço esta que permitiu a movimentação financeira, objeto do litígio, devidamente discriminada, pelo percuciente MM. Juiz sentenciante, compreendendo os indevidos saques e operações, que reduziram seu saldo, sem que o correntista tivesse concorrido para o evento danoso.

Incontroversa a existência da movimentação financeira objeto do litígio, devidamente discriminada, pelo percuciente MM. Juiz sentenciante, compreendendo os saques e operações descritos na inicial, em montante que perfaz R$32.250,00, realizados na conta do autor entre 12.09.12 e 24.09.12 (cf. fls. 37/39).

No caso dos autos, o banco réu não produziu prova que permitisse o

Acesso ao Sumário

reconhecimento de que os saques e operações imputados como indevidos, na conta do autor, foram realizados por este ou por terceiro por ele autorizado, ônus que era seu (CPC, art. 333, II).

O banco réu sequer conseguiu identificar quem efetivamente realizou os saques identificados na inicial, nem que houve operação fraudulenta com contribuição do autor.

Diante das peculiaridades do caso dos autos, é de se ver que o banco réu sequer alegou a possibilidade de sucesso, para a efetivação dos saques e operações especificadas na inicial, por terceiro, mediante uso do cartão 'picotado' pelo correntista autor. De qualquer forma, sistema que permita a efetivação de saques e operações com cartão 'picotado', não pode ser havido como seguro contra ações de fraudadores.

Nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial do autor, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade do banco réu.

Como bem salientado pela r. sentença recorrida, "ainda que tenha agido o autor de maneira ingênua quanto recebeu a falsa ligação por aquele que se passava como empregado do banco e enviou o cartão 'picotado' ao estelionatário, acreditando que seria do banco, não se pode, por isso, atribuir-lhe a culpa, porquanto o serviço prestado pela parte ré mostrou-se defeituoso, vez que não concedeu de forma segura o crediário e os saques em valores consideravelmente altos".

Em sendo assim, é de se reconhecer que os saques indevidos descritos na exordial, decorreram de ato ilícito do banco, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta do autor contra ação de fraudadores, o que caracteriza falha de serviço.

2.5. Comprovado o defeito de serviço, consistente na indevida movimentação financeira, objeto do litígio, compreendendo os indevidos saques e operações, na conta corrente do autor, e de consequente indevida inscrição dos respectivos débitos em cadastro de inadimplentes, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar o autor pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

2.6. Reconhecida a existência da indevida movimentação financeira, objeto do litígio, devidamente discriminada, pelo percuciente MM. Juiz sentenciante, compreendendo os indevidos saques e operações, com indevida apropriação de valores da conta corrente do autor e indevida inscrição dos respectivos débitos em cadastro de inadimplentes, por culpa do banco réu, uma vez que a dívida apontada é inexigível em relação ao autor, porque não demonstrado que contraído pelo autor correntista, mas decorrente de defeito de

Acesso ao Sumário

serviço e decorrente de ato ilícito do banco, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta do autor contra ação de fraudadores, o que caracteriza falha de serviço, de rigor, a confirmação da r. sentença, quanto: (a) à declaração de nulidade das movimentações financeiras objeto do litígio e à deliberação de tornar definitiva a tutela de urgência para excluir as negativações referentes aos débitos objeto do litígio; e (b) condenação do banco na obrigação de fazer de estornar o valor correspondente à indevida movimentação financeira, objeto do litígio, compreendendo os indevidos saques e operações, na conta corrente do autor, bem como todos os encargos oriundos das mesmas.

2.7. Mantém a r. sentença, no que concerne à condenação por danos morais, reformando-a para majorar o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

2.7.1. A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes constitui, por si só, fato ensejador de dano moral.

Ainda, a retirada de valores da conta bancária do autor via operações indevidas, por culpa do banco, com o esvaziamento da conta, constitui, por si só, fato ensejador de dano moral.

Tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural podem ser vítimas de dano moral. Nos termos da Súmula 227/STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". O titular de firma individual também pode padecer de moléstia ao seu patrimônio moral (STJ-4ª Turma, REsp 110091/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 25/04/2000, DJ 28.08.2000 p. 85, conforme site do Eg. STJ).

Está assentado na jurisprudência da Corte que "não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil" (STJ-3ª Turma, REsp 204786/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 07.12.1999, DJ 12.01.1999, JBCC vol. 188 p. 249, , conforme site do Eg. STJ).

Especificamente, no que concerne ao reconhecimento de que a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, basta para demonstrar o **dano moral**, adota-se a orientação dos seguintes julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** "A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes." (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 1078183/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009); **(b)** "A inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais." (STJ-3ª Turma, REsp 856085/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 17/09/2009, DJe 08/10/2009); e **(c)** "A simples inscrição indevida do nome da recorrida no cadastro de emitentes de cheques sem fundos - CCF, já é suficiente para gerar dano reparável. Precedentes." (STJ-4ª Turma, REsp 651443/BA, rel. Min. Jorge Scartezzini,

Acesso ao Sumário

v.u., j. 09/11/2004, DJ 06/12/2004 p. 335).

Especificamente, no que concerne ao reconhecimento de que a retirada de valores da conta corrente do correntista via operações indevidas, por culpa do banco, por si só, basta para demonstrar o **dano moral**, a orientação dos seguintes julgados: **(a)** "Processual civil e civil. Agravo no recurso especial. Ação de reparação por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Dano moral. Ocorrência. **- A existência de saques indevidos em conta mantida junto à instituição financeira, acarreta dano moral**. Precedentes. Agravo não provido" (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 1137577/ RS, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 02/02/2010, DJe 10/02/2010, o destaque não consta do original); **(b)** "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR **DANOS MORAIS** E MATERIAIS. TERCEIRO NÃO AUTORIZADO QUE, PORTANDO O CARTÃO DO CORRENTISTA E SUA SENHA, REALIZA **SAQUES** DIRETAMENTE NO CAIXA DO BANCO. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CARACTERIZADA. **DANO MORAL.** OCORRÊNCIA. **I - Cabe indenização por danos morais na hipótese em que o banco, por negligência, permita que terceiro de má-fé solicite a concessão de crédito e realize saques em conta-corrente e poupança do correntista que havia fornecido seus dados pessoais ao estelionatário.** II - A propósito do **dano moral**, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a responsabilidade do agente decorre da comprovação da falha na prestação do serviço, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto. III - **O esvaziamento da conta da correntista é ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral, pelo sentimento de angústia que causa ao consumidor. Recurso provido.**" (STJ-3ª Turma, REsp 835531/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. 07/02/2008, DJ 27.02.2008 p. 191); **(c)** "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES IRREGULARES EFETUADOS EM CONTA CORRENTE. DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO DEVIDO. FIXAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Tendo o Tribunal a quo examinado, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pelo recorrente, tanto em sede de apelação como em embargos (fls.141/144, 167/169), não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC. **2. No pleito em questão, os saques irregulares efetuados na conta corrente do autor acarretaram situação evidente de constrangimento para o correntista (que, como reconhece, expressamente, o Tribunal 'perdeu quase todo o seu dinheiro que tinha em sua conta corrente'), caracterizando, por isso, ato ilícito, passível de indenização a título de danos morais**. Segundo precedentes desta Corte, em casos como este, o dever de indenizar prescinde

Acesso ao Sumário

da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: 'a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam'. Precedentes. 3. Com o fito de assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, fixo o valor indenizatório por danos morais em R$3.000,00 (três mil reais). 4. A pretensão do recorrente no sentido de que seja reconhecida a litigância de má-fé implicaria o revolvimento de elementos probatórios analisados nas instâncias ordinárias, e sobre os quais o Tribunal a quo fundamentou sua decisão. Incidência da Súmula 07, desta Corte. 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (STJ-4ª Turma, REsp 797689/MT, rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u, j. 15/08/2006, DJ 11.09.2006 p. 305); e **(d)** "DECIDO: A Caixa Econômica Federal foi condenada a indenizar correntista, a título de dano material e moral, porque houve saque indevido de R$ 1.040,00 (mil e quarenta reais) da conta-corrente do cliente por obra de estelionatários. Cuidou-se do chamado golpe da fita magnética, onde o cartão do cliente fica retido no caixa de auto-atendimento e o golpe é aplicado quando este deixa o terminal, após receber orientação pelo telefone de suporte técnico. O banco foi condenado a restituir a importância retirada indevidamente da conta-corrente do cliente e a pagar R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título da dano moral. O Tribunal a quo confirmou a condenação. Entendeu que houve negligência da Caixa Econômica no evento e manteve os valores da indenização. (...) De outra parte, a recorrente afirma que não houve comprovação do dano moral sofrido pelo correntista, sendo indevida a indenização. **A prova do dano moral é desnecessária, bastando a demonstração do ato ilícito, ou seja os saques indevidos por culpa da CEF, para que seja deferida a indenização. A exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam.** Nesse sentido: AgRg no Ag 718.555/HUMBERTO e REsp 702.872 e AgRg no Ag 701.915/SCARTEZZINI. Só é possível revisar a indenização por dano moral quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o Art. 159 do Código Beviláqua (Art. 186 do CC/2002). Fora desses casos, incide a Súmula 7. A propósito: AGA 477.631/DIREITO; AGA 455.412/CASTRO; REsp 556.200/CESAR; REsp 287.816/BARROS MONTEIRO e EREsp 439.956/DIREITO. (...) Nego provimento ao agravo de instrumento." (Ag 861069/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.04.2007).

Acesso ao Sumário

2.7.2. Quanto à quantificação da indenização por danos morais, adota-se a seguinte orientação: (a) o arbitramento de indenização por dano moral reconhecido deve considerar a condição pessoal e econômica do autor, a potencialidade do patrimônio do réu, bem como as finalidades sancionadora e

reparadora da indenização, mostrando-se justa e equilibrada a compensação pelo dano experimentado, sem implicar em enriquecimento sem causa da lesada; e (b) "a fixação do valor da indenização, devida a título de danos morais, não fica adstrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações" (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 627816/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 03/02/2005, DJ 07.03.2005 p. 276, conforme site do Eg. STJ).

2.7.3. "Quanto ao emprego do salário mínimo como critério de indexação do valor da indenização, o recurso merece parcial acolhida. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa do RE 409.427-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso: "CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - Indenização vinculada ao salário-mínimo: impossibilidade. C.F., art. 7º, IV. O que a Constituição veda -- art. 7º, IV -- é a fixação do quantum da indenização em múltiplo de salários-mínimos. STF, RE 225.488/PR, Moreira Alves; ADI 1.425. A indenização pode ser fixada, entretanto, em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí, esse quantum será corrigido por índice oficial. II. - Provimento parcial do agravo: RE conhecido e provido, em parte." Cito, no mesmo sentido, os REs 270.161, Relatora Ministra Ellen Gracie; 225.488, Relator Ministro Moreira Alves; e 338.760 Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso apenas para desvincular o quantum indenizatório do valor do salário mínimo, devendo ser considerado o vigente na data da condenação, a ser atualizado monetariamente pelos índices legais. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2004. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator" (RE 430411/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/11/2004 PP-00110, conforme site do Eg. STF).

2.7.4. Considerando os parâmetros *supra* indicados e buscando assegurar à lesada a justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, mostra-se, na espécie, razoável a fixação da indenização de danos morais na quantia de R$14.480,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

Observa-se que, na data deste julgamento, o valor do salário mínimo é de R$724,00.

2.7.5. Os juros simples de mora incidem a partir da data da data da citação, na taxa de 12% ao ano (CC/2002, art. 406, c.c. CTN, art. 161, § 1º), por se tratar de responsabilidade contratual.

Nesse sentido, quanto à taxa de juros de mora, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. DECISÃO EM

Acesso ao Sumário

CONFORMIDADE COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Eg. Tribunal firmaram convicção que na responsabilidade contratual os juros de mora incidem a partir da citação, pela taxa do art. 1.062 do Código de 1916 até 10.1.2003 (0,5% ao mês) e, após essa data, com a entrada do Código Civil de 2002, pelo art. 406 do atual diploma civil (1% ao mês); 2. Decisão recorrida em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte, incidência da Súmula 168/STJ; 3. Agravo Regimental não provido." (STJ-2ª Seção, AgRG nos EREsp 871925/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, v.u., j. 28/04/2010, DJe 14/05/2010, o destaque não consta do original).

"Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime" (Súmula n. 186/STJ).

2.8. Reforma-se a r. sentença para fixar os honorários advocatícios em 15% do valor total da condenação.

A verba honorária assim arbitrada atende o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, com observância dos parâmetros indicados nas alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do mesmo artigo, e o percentual fixado se revela como razoável e adequado, sem se mostrar excessivo, para remunerar condignamente o patrono do autor, em razão do zelo do trabalho por eles apresentado e da natureza e importância da causa.

A fixação de indenização por danos morais em montante inferior ao pleiteado não implica em sucumbência do autor em relação a esse pedido. Anota-se que: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca." (Súmula 326/STJ).

3. Em resumo, respeitado o entendimento do MM. Juízo sentenciante, o recurso do réu deve ser desprovido e o recurso do autor deve ser provido, em parte, para, mantida, no mais, reformar a r. sentença, para: (a) majorar o valor da indenização por danos morais para a quantia de R$14.480,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento; e (b) majorar a verba honorária decorrente da sucumbência para 15% do valor da condenação.

Ante o exposto e para os fins acima, **nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se provimento, em parte, ao recurso do autor**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0126333-71.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NELSON

GONÇALVES BUENO (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSA MARIA MORAES BUENO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.083)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA E GIL COELHO.

São Paulo, 20 de março de 2014.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. Conta corrente. Roubo de cartões. Comunicação no tempo oportuno não infirmada por provas hábeis pelo réu. Saques fraudulentos. Responsabilidade objetiva reconhecida. Obrigação do banco de restituir os valores indevidamente sacados ou debitados na conta. Danos morais. Ocorrência, em face da angústia gerada com a subtração dos recursos. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação visando declaração de inexigibilidade de débitos realizados em cartões magnéticos após comunicação de roubo, com pedido de indenização por danos morais, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 81/82, de relatório adotado, que condenou o autor nas custas, despesas processuais e honorários de advogado arbitrados R$ 500,00.

Apela o autor (fls. 85/91) alegando que no dia 12 de fevereiro de 2012, por volta das 21h15, ele e sua esposa foram roubados por dois indivíduos, conforme Boletim de Ocorrência. Relata ter prestado informações por telefone ao Banco réu. Salienta que os meliantes realizaram saques, transferências, utilizaram cartão de crédito e firmaram empréstimos. Daí, em razão da inércia do réu em suspender as movimentações financeiras dos criminosos, entende o autor fazer jus também à indenização por danos morais. Pugna seja provido o recurso de apelação para a completa reforma da r. sentença guerreada.

Recurso não preparado, devido à gratuidade de justiça (fls. 40) e respondido pelo réu (fls. 95/99) que se bateu pela manutenção da r. sentença haja vista não haver qualquer "resquício de engano no julgamento", donde a manutenção da r. sentença ser de rigor.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O autor narra em sua inicial que foram realizados saques indevidos em sua conta corrente após o roubo que sofreu em 12.02.2012, estando a contestação dos débitos a fls. 25/26 perante a instituição financeira ré. Daí, pela falta de providências tendentes ao ressarcimento das despesas indevidas, moveu a presente ação, na qual também espera ressarcimento por danos morais experimentados.

Do roubo o autor deu notícia à autoridade policial conforme faz prova o Boletim de Ocorrência de fls. 18/21.

E, no caso, tem certo peso a *notitia criminis* lavrada. A despeito de encerrar presunção relativa dos fatos narrados, é de extrema responsabilidade do declarante, já que em sendo incorretas as informações veiculadas, ensejam, no mínimo, a imputação penal por comunicação falsa de crime, isso se outra tipificação de maior gravidade não restar demonstrada, tal como falsidade ideológica.

De sua vez, o Banco atribuiu responsabilidade ao próprio autor, alegando que só fora informado do roubo pelo autor após aproximadamente duas semanas do ocorrido, portanto falhando o correntista em seu dever de comunicação imediata da perda, furto ou roubo de cartão bancário.

Todavia, essa falta de comunicação não aparenta ter ocorrido.

Na notificação póstuma enviada pelo autor ao Banco e escrita de próprio punho (fls. 22/23), este relata ter sido orientado pela Polícia a ligar além da seguradora de veículos, para o Banco do Brasil, o que acabou fazendo pela "super linha". Contudo, durante o procedimento, acredita o autor que o preposto do réu bloqueou apenas o "Cartão Mastercard", deixando sem o bloqueio o "Cartão Outro Card Visa", o qual ensejou os inúmeros saques e empréstimos.... Tais fatos, servem no mínimo para comprovar que o autor realmente procurou adotar as medidas protetivas no tempo oportuno, tanto que o Banco réu, não desmente o bloqueio do Mastercard, a respeito do qual não houve o problema de saques indevidos.

Acesso ao Sumário

Ora, como tem sido resolvido em casos semelhantes, cumpria mesmo ao Banco provar a regularidade de sua operação, o que infelizmente não conseguiu fazer. E não pode bastar, é óbvio, a simples afirmação do Banco de que tais operações teriam sido feitas com a utilização do cartão e da respectiva senha. Era preciso um mínimo de prova em tal sentido.

Em tese, o sistema de informática utilizado pelo Banco pode até ser "invulnerável", mas isso não se confirma na prática. Notória a crescente descoberta de fraudes e golpes contra correntistas e instituições financeiras, fato admitido pela própria entidade representativa dos bancos (FEBRABAN) em seu *site* na *internet*, como se observa de excerto extraído de voto da Ministra do

E. Superior Tribunal de Justiça NANCY ANDRIGHI no julgamento de caso semelhante: "A complexidade e alcance das fraudes parecem, infelizmente, acompanhar a especialização tecnológica do sistema bancário. O Brasil, expoente mundial na área de tecnologia da informação (TI) aplicada à área financeira, também sofre com a ação de indivíduos que utilizam os novos canais de comunicação entre os bancos e seus clientes para cometerem crimes antes praticados no interior das próprias agências" (REsp 557.030, j. 16.12.2004, DJ de 01.02.2005, p. 542).

Outrossim, como todo o aparato voltado para a operacionalização do sistema e bem assim a segurança do mesmo é de responsabilidade da instituição bancária, sem participação ou monitoramento por parte do consumidor, não se vislumbra nenhuma possibilidade de se transferir para este a responsabilidade por eventuais falhas.

Portanto - repita-se - para se eximir da responsabilidade, impunha-se ao réu demonstrar a culpa exclusiva do autor, o que não foi feito a despeito de ter sido aberta a oportunidade ao réu para esse fim (fls. 77) que acabou desperdiçada (fls. 80). Nesse sentido:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUES SUCESSIVOS EM CONTA CORRENTE. NEGATIVA DE AUTORIA DO CORRENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.
>
> *- É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.*
>
> *- Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha.*
>
> *- Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência.*
>
> *Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido.*"
>
> (STJ - REsp 727.843-SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, J. 15/12/2005, DJ de 01/02/2006, p. 553)

Em tais circunstâncias, não se desincumbindo o réu do ônus da prova que lhe incumbia, era mesmo incontornável a sua responsabilização pelos saques e contratação indevidos, pois em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade decorrente de defeito no serviço é objetiva (art. 14, CDC).

Logo, inafastável a obrigação de o réu devolver os valores fraudulentamente sacados da conta corrente, transferências e contratos de empréstimo.

Por outro lado, conforme entendimento que tem prevalecido na Câmara,

Acesso ao Sumário

também cabível a verba a título de dano moral, pois a subtração de recursos da conta é fato que afeta o lado psíquico da pessoa, mormente quando há resistência no reconhecimento da falha e demora desmedida na restituição dos valores surrupiados e anulação dos negócios ilegitimamente celebrados. Nesse sentido, aliás, também já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"O esvaziamento da conta da correntista é ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral, pelo sentimento de angústia que causa ao consumidor."*
>
> (STJ - REsp 835.531-MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, J. 07/02/2008, DJ 27/02/2008, p. 191)

No entanto, nada justifica o elevado valor pretendido pelo autor, pois conforme pacificado na jurisprudência: "*O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima*" (STJ - AgRg no REsp 945.575-SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, J. 14/11/2007, DJ 28/11/2007, p. 220).

No caso, a despeito dos aborrecimentos causados, os fatos não tiveram outras repercussões de maior relevo, de modo a justificar compensação mais alentada.

Em assim sendo, na esteira do que tem sido decidido em casos semelhantes, tenho que é suficiente uma compensação no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), razoável e proporcional para o caso.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, com a devida vênia, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença e julgar procedente a ação, com a condenação do réu a restituir ao autor os valores contestados a fls. 25/26, bem como outros advindos dos cartões sinistrados após 12.02.2012, com correção monetária a partir das datas dos saques e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, bem como pagar compensação por danos morais no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), com correção monetária a partir do presente acórdão e juros de mora desde a citação, além das custas e honorários de advogado arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, montante razoável para o caso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0125430-07.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado JULIA LEITE SANT ANNA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14989)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores S. OSCAR FELTRIN (Presidente) e FRANCISCO THOMAZ.

São Paulo, 26 de março de 2014.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais - Legitimidade passiva da estipulante, integrante do mesmo grupo econômico a que pertence a seguradora, para responder à ação de cobrança.

Não havendo prova de que ao consumidor foi dada informação clara e adequada a respeito do produto que estava adquirindo, bem como não constando da proposta a exclusão de indenização por morte de segurado com mais de 60 anos, incumbe à seguradora o dever de indenizar - Apelo não provido.

VOTO

Insurge-se o réu, em ação de cobrança de indenização prevista em contrato de seguro de vida, contra r. sentença que a julgou procedente.

Sustenta que apenas intermediou a contratação do seguro firmado entre o segurado e a seguradora, atuando como mandatário, e contratou o Santander Seguros S/A, de modo que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Nega responsabilidade solidária com a seguradora, única responsável pelo pagamento da indenização, tendo havido o encerramento do sinistro sem indenização, diante do constante da cláusula 16, item 16.1 do contrato de seguro. Aduz não ter tido ciência da idade do representante da empresa proponente do seguro, quando da aceitação da proposta. Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo e preparado.

Houve resposta.

É o relatório.

Tratando-se de cobrança de indenização prevista em apólice de seguro, a regra é a de que a ré é a seguradora, não a estipulante ou o corretor de seguros.

Estipulante tem conceito legal, "é a pessoa que contrata seguro por conta de terceiros", ou "é mandatário dos segurados" (art. 21, §§ 1° e 2°, do Decreto-Lei n° 73, de 21.11.1966), do que resulta que não se lhe exige a indenização

Acesso ao Sumário

securitária, salvo hipótese excepcional, em que a estipulante faz parte do mesmo grupo econômico da seguradora, como no caso dos autos.

Já foi decidido que: *"O contrato de seguro em grupo foi celebrado com a Companhia Seguradora 'Aliança Brasil', cujo presidente é nomeado pelo Banco do Brasil; foi intermediado pela BB Corretora de Seguros e Administradora de Bens S/A, companhia integrante do mesmo grupo econômico do Banco do Brasil; a estipulante é entidade associativa dos empregados do Banco do Brasil (fl. 66); o pagamento do prêmio se dava mediante lançamento em conta corrente na agência do Banco do Brasil; o certificado deveria ser entregue na agência do Banco do Brasil e todas as informações e comunicações, feitas diretamente à mesma agência do Banco do Brasil. Diante desses fatos, assim reconhecidos e demonstrados nos autos, é de se concluir que o contrato de seguro é uma operação que interessa ao grupo liderado pelo Banco do Brasil, e a ação pode ser proposta contra qualquer uma das entidades que participaram do negócio, ora intermediando, ora segurando, ora usando de sua logomarca, do seu prestígio e de suas instalações, quando não dos seus empregados, para a celebração do contrato de seguro. Em caso assemelhado, assim decidiu esta Quarta Turma em acórdão da lavra do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha: 'Comercial e processual civil. Contrato de seguro de acidentes pessoais. Legitimidade passiva da empresa corretora pertencente ao mesmo grupo econômico da seguradora. Recurso não conhecido. - A empresa corretora do contrato de seguro por acidentes pessoais pertencente ao mesmo grupo econômico da empresa seguradora, valendo-se de toda a estrutura funcional da líder do grupo, tem legitimidade passiva para a causa na ação de execução do contrato por ela intermediado. - Recurso especial não conhecido' (REsp n° 255637/PB, 4a Turma, rel. o em. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 10.09.01)."*[1]

Neste caso, os elementos trazidos aos autos demonstram que o contrato de seguro foi celebrado com a seguradora Santander Seguros S/A, intermediado pela Santander S/A Serv. Téc. Adm. de Corretagem de Seguros (fl. 12) e o pagamento do prêmio era descontado na conta corrente que o segurado mantinha no Banco Santander S/A (fl. 14), de modo que o contrato celebrado interessava ao grupo liderado pelo Santander, daí a legitimidade do Banco Santander S/A, pertencente ao mesmo grupo econômico, para responder solidariamente à demanda.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, em caso análogo ao dos autos, em que se discutia a solidariedade do Banco Santander S/A para responder à ação de cobrança de indenização securitária, esta Corte já decidiu que: *"O seguro oferecido faz parte daquele 'pacote' que normalmente é oferecido aos clientes na agência bancária - seguros, títulos de capitalização, cartões, planos de previdência privada, leasing -, em contrapartida por serviços, pouco importando que a seguradora*

1 REsp nº 331.465-RO, 4ª T., Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 6.12.2001, D.J. 8.4.2002.

seja formalmente outra instituição, mas do mesmo grupo econômico. Agindo como representante da seguradora, intermediando integralmente sua relação com segurados e recebendo os prêmios mensais, o banco deve responder, na qualidade de fornecedor de serviços, em solidariedade à seguradora, com o objetivo de assegurar a proteção integral ao consumidor em decorrência de associação de interesses negociais prevista especificamente em diversos dispositivos do CDC (artigos 3º, 4º, I, 6º, VIII, 7º, parágrafo único, 25, § 1º, e 28, § 3º).” (Apelação nº 0210810-32.2009.8.26.0100, 36ª Câmara, rel. DYRCEU CINTRA, j. 02.06.2011).

A negativa ao pagamento da indenização securitária perseguida nos autos, representada pela apólice 1134 relativa à proposta nº 000713525880 (fl.12), com vigência entre 24.04.2008 e 24.04.2009, decorrente da morte natural do segurado, na qualidade de sócio da empresa proponente PH3 Imóveis Ltda., ocorrida em 19.03.2009 (fl.12-16), no valor de R$ 90.000,00, fundou-se na cláusula 16, item 16.1 alínea “d”.

Para tanto, a seguradora comunicou, em 24 de junho de 2009, que, “*estamos impossibilitados de efetuar o pagamento da indenização reclamada, uma vez que, nos foi informado pelo notificante, que o segurado nasceu em 28/10/1940, possuindo portanto 67 anos completos na data do início de vigência da apólice, que se deu em 24/04/2007, encontrando-se lesionada a condição da apólice, sub-item 16.1, alínea d, a qual transcrevemos logo abaixo: 16 DOS SEGURADOS (PRINCIPAIS E DEPENDENTES) 16.1 Os segurados principais deverão ser, exclusivamente, sócios/diretores e ou funcionários da empresa de que na data da contratação: d) tenham, no mínimo, 14 (quatorze) e, no máximo, 60 (sessenta) anos de idade, completos na data do envio da lista mencionada no item 7.2 destas Condições Gerais*” (fl.17).

Na inicial, afirma a autora, filha do segurado falecido, que seu pai adquiriu o seguro pelo gerente de contas e que nos dados da proposta não consta restrição em relação à idade, além do que a seguradora teve o prazo de 15 (quinze) dias para aceitar ou recusar o seguro, a partir do débito da primeira parcela, sendo que os valores dos prêmios foram pontualmente debitados na conta corrente de seu genitor. Além disso, ao seu pai não foi entregue cópia do seguro no momento da contratação, como também não lhe foi dada ciência sobre os riscos e as condições do contrato, daí a pretensão ao pagamento da indenização securitária.

Em contestação, o réu apenas disse que a fundamentação para o encerramento do sinistro sem indenização, decorre do fato de que a autora não faz jus a ela, em razão da cláusula 16, sub item 16.1 alínea “d” do contrato de seguro firmado.

Ao contrato de seguro discutido no processo, representado pela apólice nº 1134/proposta nº 000713525880, com vigência a partir de 24.04.2008, tem aplicação o Código do Consumidor.

Acesso ao Sumário

De fato, considera-se consumidor "quem adquire ou utiliza produto ou serviço" (Lei nº 8.078/90, art. 2º); fornecedor, aquele que "desenvolve atividades", entre outras, as de "prestações de serviço" (idem, art. 3º); serviço, por sua vez, é "qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária" (idem, § 2º).

Diante de tais premissas, seguradora que firma contrato de seguro é fornecedora, porque presta serviço de natureza securitária, e segurado, pessoa física, se destinatário final, como no caso dos autos, é consumidor.

Aliás, em se cuidando de relação de consumo, como ocorre na espécie, convém rememorar que "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços" e a "proteção contra a publicidade enganosa", que é proibida de modo expresso, constituem alguns dos básicos direitos do consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 6º, III, IV, e artigo 37). Facilita-se-lhe a defesa até "com a inversão do ônus da prova a seu favor", quando, como no caso, "for verossímil a alegação" (idem, VIII).

Pois bem, o novo princípio básico norteador da formação dos contratos entre consumidores e fornecedores é o instituído pelo art. 4º, *caput*, do CDC, o da transparência que *"é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis porque institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja"*.[2]

"Como reflexos do princípio da transparência temos o novo dever de informar o consumidor, seja através da oferta, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35)".[3]

As *"linhas de interpretação asseguradas pela jurisprudência brasileira aos consumidores em matéria de seguros são um bom exemplo da implementação de uma tutela especial para aquele contratante em posição mais vulnerável na relação contratual, antes e depois da entrada em vigor do CDC. Aqui há de se presumir a boa-fé subjetiva dos consumidores e se impor deveres de*

Acesso ao Sumário

2 Cláudia Lima Marques, *in* Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 4ª ed., 2004, p.595.

3 idem, op. cit., p. 599.

boa-fé objetiva (informação, cooperação e cuidado) para os fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão."[1]

No caso em tela, não há prova de que o segurado tinha conhecimento de que o seguro por ele contratado continha cláusula que inibia o pagamento de indenização em virtude da sua idade nem de que a ele foi fornecida informação clara e adequada a respeito, a justificar a negativa do pagamento da respectiva indenização.

Na proposta nada consta sobre o limite de idade dos segurados no momento da contratação, nem mesmo no item que trata das "observações" (fl. 12/13).

Não há prova, ainda, de que o contrato de seguro contendo cláusulas com descrição das exclusões e coberturas oferecidas pela seguradora tenha sido entregue ao segurado nem de que ele tinha delas conhecimento, porque a seguradora não trouxe aos autos nenhum documento assinado pelo segurado e tampouco há cópia do referido contrato, comprovando a existência da alegada cláusula.

Se não bastasse, não é crível que no momento da contratação os documentos pessoais dos segurados não tenham sido analisados pela seguradora, de modo que o pagamento mensal dos prêmios, evidentemente, gerou expectativa de que a indenização securitária seria paga, no caso de ocorrer o sinistro, incumbindo ao réu honrar o dever de indenizar.

Nem se diga que a determinação de pagamento de indenização implica violação ao contido nos artigos 1432 a 1460, do C. Civil vigente quando da contratação do seguro, porque tais, em síntese, determinam que a seguradora, ou quem lhe fizer as vezes, se responsabilizará pelos riscos assumidos e o banco, ao deixar de informar de forma clara e precisa a limitação que afirma, não tendo enviado, como deveria, as condições gerais, logo após a contratação do seguro, assumiu o risco de pagar indenização pelo sinistro, ainda que o segurado tivesse, ao tempo da contratação, mais de 60 anos completos.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em casos análogos ao dos autos:

"Seguro de vida. Indenização cobrada em razão de morte. Negativa de pagamento. Cláusula restritiva de idade do segurado na data da contratação. Ausência de demonstração de efetiva previsão contratual, na hipótese. Ademais, cláusulas limitativas devem ser claras e destacadas no contrato. Art. 54, §§ 3º e 4º, CDC. Possibilidade de nulidade em razão da ausência de prévio conhecimento. Art. 46, CDC. Proibição de agir com comportamento contraditório ("venire contra factum proprium"), no caso. Apelo improvido." (Ap. 0245633-35.2009.8.26.0002, 34ª Câmara, rel. Soares Levada, j. 07.10.2013)

1 *apud* Cláudia Lima Marques, *in* Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 4ª ed., 2004, p.394/395.

Acesso ao Sumário

"Apelação. Seguro de vida em grupo. Ação de cobrança de indenização securitária. Sentença de improcedência. Insurgência dos autores. Contrato de seguro cuja proposta foi oferecida por empresa da qual a segurada, falecida, era uma das sócias. Cláusula das condições gerais do seguro que veda o ingresso como segurado na apólice de pessoa com mais de 60 anos de idade. Segurada que, quando da contratação do seguro, contava com 64 anos de idade. Recusa da seguradora quanto ao pagamento da indenização securitária pleiteada correspondente ao valor total do capital segurado. A cláusula que limita o ingresso do segurado por sua idade não é abusiva, porque o fator etário influi no risco coberto e, consequentemente, no custo do negócio, desde que seja o contratante devidamente informado dessa limitação. Presunção de que a segurada teve ciência das condições gerais do seguro quando de sua contratação por ser a administradora da empresa que figurou como subestipulante. Impossibilidade, porém, de recusa da seguradora quanto ao pagamento da indenização securitária em razão da idade da segurada. A seguradora, ao aceitar a proposta de seguro, e receber os valores dos prêmios, gerou expectativa no segurado de que a indenização securitária seria paga no caso de sinistro previsto na apólice. Prestígio ao princípio da boa-fé contratual. Seguradora, ademais, que tem o dever de exigir do segurado a documentação necessária à análise da viabilidade da contratação do seguro, sob pena de não o fazendo, se presumir que desejou celebrá-lo nas condições verificadas no caso concreto (...)" (Ap. 0196956-97.2011.8.26.0100, 27ª Câmara, rel. Morais Pucci, j. 13.08.2013)

"APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO. LIMITAÇÃO DE IDADE PARA CONTRATAR. Contratação sem exigir documento comprobatório da idade. A recusa ulterior a realizar os pagamentos, sob a simples alegação de que o segurado teria omitido sua idade, caracteriza inequívoca conduta contraditória da ré, que, ao aceitá-lo como segurado, criou-lhe uma justa expectativa. Vedação ao "venire contra factum proprium". Incompatibilidade com a boa fé objetiva (...). Negado provimento, com determinação" (Apelação n° 0069700-87.2005.8.26.0002, Relator(a): Hugo Crepaldi, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 12/11/2012).

"(...) 6. Tendo a ré celebrado contrato de seguro de vida, para o caso de falecimento do consorciado, ciente que à época do negócio firmado entre as partes o segurado possuía somente tinha 17 anos de idade, assumiu a seguradora o risco do negócio, sendo de rigor reconhecimento da sua obrigação ao pagamento da indenização securitária, nos moldes do avençado pelas partes. 7. Afastadas as questões preliminares, deram provimento ao recurso" (Apelação n° 0210830-23.2009.8.26.0100, Relator(a): Vanderci Álvares, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 27/02/2013).

Pelas razões expostas, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0194685-56.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante EXMO. SR. DES. RELATOR DA 10ª CAMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXMO. SR. DES. RELATOR DA 13ª CAMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito de competência para o fim de fixá-la junto à Colenda 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25114)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), J. B. FRANCO DE GODOI, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GRAVA BRAZIL, DONEGÁ MORANDINI, LUIZ ANTONIO DE GODOY E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE COBRANÇA - ART. 103, REGIMENTO INTERNO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REMOÇÃO DE PACIENTES POR AMBULÂNCIA FIRMADO ENTRE A EMPRESA E A OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA COM O TOMADOR DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR - COMPETÊNCIA PREFERENCIAL DAS SUBSEÇÕES II E III DE DIREITO PRIVADO - COMPETÊNCIA FIXADA NA COLENDA 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

1. O Colendo Órgão Especial fixou entendimento no sentido de que a competência dos diversos órgãos do Tribunal de Justiça firma-se pelos termos do pedido inicial (art. 103, do Regimento Interno).

2. No caso concreto, observa-se que a relação jurídica

Acesso ao Sumário

estabelecida entre as partes litigantes não envolve o tomador de serviços médico-hospitalares. Trata-se de ação de cobrança pela prestação de serviços de remoção de pacientes, contratados por operadora de plano de saúde. Esta paga diretamente àquela pela remoção de seus pacientes por ambulância. Na petição inicial, afirmou-se que a empresa autora tem como objeto principal a remoção de pacientes, e presta seus serviços para vários planos de saúde, entre eles o requerido, conforme conta de prestação de serviços.

3. Conflito de competência julgado procedente para o fim de fixá-la junto à Colenda 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 10ª Câmara de Direito Privado em face de v. acórdão declinatório de competência da Colenda 13ª Câmara de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça.

A Colenda Câmara suscitada (fls. 246/248), em v. acordão relatado pelo e. Des. Luiz Sabbato, entendeu que a competência recursal pertence à Seção de Direito Privado I, sustentando que a demanda versa sobre cobrança com fundamento na Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Argumentou que após a unificação dos tribunais ficou reservada à competência da Seção de Direito Privado I a competência relativa a ações e execuções decorrentes de seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde e responsabilidade civil do artigo 1545 do Código Civil.

A Colenda Câmara suscitante (fls. 262/265), em v. acórdão relatado pelo e. Des. João Carlos Saletti, argumentou que a competência é das Subseções II e III de Direito Privado, por versar a demanda sobre prestação de serviços regida pelo direito privado. Aduziu que *"a matéria aqui tratada não se refere a 'seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde'. A ação está fundada no 'contrato de prestação de serviço de remoção por ambulância' firmado entre as partes"* e o objeto da ação *"é apenas a cobrança fundada em referido contrato. Por outro lado, a demanda não versa quezília entre a operadora do plano de saúde ou prestadora de serviços de saúde e o beneficiário direto do serviço, contratante do plano de saúde. Diversamente, cuida da cobrança de serviço que a transportadora de pacientes presta para a empresa do plano de saúde"*.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Cumpre ressaltar que o Colendo Órgão Especial fixou entendimento no sentido de que a competência dos diversos órgãos do Tribunal de Justiça firma-se pelos termos do pedido inicial (art. 103, do Regimento Interno)[1].

De proêmio, observa-se que a relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes não envolve o tomador de serviços médico-hospitalares. Trata-se de ação de cobrança pela prestação de serviços de remoção de pacientes, contratados por operadora de plano de saúde. Esta paga diretamente àquela pela remoção de seus pacientes por ambulância. Assim, para efeitos de competência preferencial, o contrato de prestação de serviços firmado entre as partes tem o mesmo *status* que teria, por exemplo, um contrato de fornecimento de balões de oxigênio, ou qualquer outro contrato envolvendo fornecimento de produtos ou serviços utilizados pela operadora de plano de saúde em sua empresa.

Ressalte-se que a autora afirmou em sua petição inicial que a empresa *"tem como objeto principal a remoção de pacientes, e presta seus serviços para vários planos de saúde, entre eles o requerido, conforme conta de prestação de serviços (...). Ou seja, a requerente atende os pacientes associados da requerida, sendo certo que todos os serviços requisitados pela requerida ou seus prepostos, sejam médicos, atendentes, e até mesmo pacientes, eram prontamente atendidos (...). Ocorre, contudo, que até a presente data a requerida não saldo o valor devido"* (fls. 02/05).

Cuida-se, desta forma, de ação de cobrança de débitos oriundos de contrato de prestação de serviço de remoção de pacientes por ambulância, firmado entre a operadora de planos de saúde e pessoa jurídica especializada nesta atividade.

Contrariamente ao alegado no v. acórdão da Colenda Câmara suscitada, a ação não está fundada nem envolve a Lei nº 9.656/98 - que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde -, a qual sequer foi mencionada na petição inicial, mas sim no "Contrato de Prestação de Serviço de Remoção por Ambulância" juntado às fls. 13/14.

Nem há, repita-se, qualquer lide envolvendo beneficiários de planos de saúde ou de seguros de assistência à saúde.

Nesses casos, a competência preferencial é das Subseções II e III de Direito Privado, citando-se como exemplo dois precedentes que envolveram cobrança por serviço de remoção de pacientes, os quais foram julgados pela Colenda 33ª Câmara de Direito Privado (DP3) e pela Colenda 6ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil (DP2):

1 Cf. STJ, **Conflito de Competência nº 97.808**, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/12/2008; STJ, **Conflito de Competência nº 57-685**, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 22/02/2006; TJSP, **Dúvida de Competência n° 147.020.0/4**, Órgão Especial, Rel. Des. Marco César, citada em Dúvida de Competência nº 161.581-0/6-00, rel. designado Des. Palma Bisson, j. 23.04.08; TJSP, **Conflito de Competência nº 0077049-40.2011.8.26.0000**, Órgão Especial, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 27/06/2011.

Acesso ao Sumário

"Ação de cobrança - Prestação de serviços - Autora contratada para efetuar remoções de pacientes - Inadimplência da contratante - Alegação de direito de 'glosa' - Demonstração do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito alegado pela autora - Necessidade - Sentença mantida - Recurso improvido" (TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 934545-0/5, rel. Des. Cristiano Ferreira Leite, j. 24.10.2007).

"COBRANÇA - Prestação de serviços na área médica - Remoção de pacientes conveniados da ré, com ampla demonstração dos serviços prestados, com notas fiscais, canhotos assinados, protestos lavrados, e relatório dos serviços - Defesa sem fundamento, genericamente refutando os serviços - Razões igualmente despidas de fundamentação - Sentença de procedência - Apelação improvida (...)" (1º Tribunal de Alçada Civil, Apelação nº 850.863-8, rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 26.08.2003).

Logo, é caso de se julgar procedente o presente conflito de competência para o fim de fixá-la junto à Colenda 13ª Câmara da Seção de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça.

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito de competência para o fim de fixá-la junto à Colenda 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0192463-18.2013.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é suscitante EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR INTEGRANTE DA 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR INTEGRANTE DA 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e competente a 16ª Câmara de Direito Privado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.574)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), J. B. FRANCO DE GODOI, GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, GRAVA BRAZIL, DONEGÁ MORANDINI, LUIZ ANTONIO DE GODOY, ADEMIR BENEDITO E ARTUR MARQUES.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

MATHEUS FONTES, Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE COBRANÇA - SALDO DEVEDOR DE COTA DE CONSÓRCIO, APÓS VENDA EXTRAJUDICIAL DE BEM APREENDIDO - INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA - COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO II, DA 11ª À 24ª, 37ª E 38ª CÂMARAS - RESOLUÇÃO N° 194/2004, ART. 2º, III, "b", NA REDAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 281/2006 - CONFLITO PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA.

VOTO

Trata-se de conflito de competência em ação de cobrança de saldo devedor de contrato de consórcio.

Para a suscitante, 25ª Câmara de Direito Privado, a competência é da 16ª Câmara de Direito Privado, a quem distribuído originariamente o recurso, pois o pedido versa sobre cobrança de valores em razão de consórcio; todavia, para a suscitada, 16ª Câmara, a competência toca a uma das Câmaras do DP III, pois a ação tem por objeto a cobrança de valores residuais após amortização de dívida originária de contrato de alienação fiduciária em garantia.

É o Relatório.

O conflito é procedente, por isso que há divergência entre órgãos do tribunal para julgamento do recurso.

De acordo com a petição inicial, que fixa a competência em grau de recurso para efeito de partilha da atividade jurisdicional entre seções do Tribunal de Justiça (Regimento Interno, art. 100), os réus celebraram contrato de consórcio para aquisição de veículo alienado fiduciariamente em garantia à autora, retomado em ação de busca e apreensão e alienado, não bastando o produto da venda para cobertura do total do saldo devedor. Cobra-se o remanescente.

Vê-se para logo que não se discute a alienação fiduciária em garantia, mas o inadimplemento de contrato de consórcio, no qual se assenta a causa de pedir.

Sendo assim, a competência toca às Câmaras do Direito Privado II (11ª à 24ª, 37ª e 38ª), consoante o art. 2º, III, "b", da Resolução nº 194/2004, na redação da Resol. Nº 281/2006.

É tranquilo o entendimento, quer seja no **Grupo Especial** (Conflito de Competência 0084017-18.2013.8.26.0000, de Itu, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 19.09.2013; Conflito de Competência nº 0251531-30.2012.8.26.0000, de

Acesso ao Sumário

São Paulo, Rel. Des. Gomes Varjão, j. 23.05.2013; Conflito de Competência nº 0106560-15.2013.8.26.0000, de Cotia, Rel. Des. Eros Piceli, j. 20.06.2013), quer também no **Órgão Especial** (Conflito de Competência nº 0032968-69.2012.8.26.000, de São Paulo, Rel. Des. Campos Mello, j. 02.05.2012; Conflito de Competência nº 0089043-31.2012.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Grava Brasil, j. 25.07.2012; Conflito de Competência nº 0052421-50.2012.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 23.05.2012; Conflito de Competência nº 0308017-69.2011.8.26.0000, de Osasco, Rel. Des. Samuel Junior, j. 11.04.2012; Conflito de Competência nº 0326844-65.2010.8.26.000, de São Paulo, Rel. Des. Roberto Bedaque, j. 16.02.2011; Conflito de Competência nº 0421066-25.2010.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Correa Vianna, j. 02.02.2011; Conflito de Competência nº 0124151-58.2011.8.26.0000, de São José do Rio Preto, Rel. Des. Pires de Araújo, j. 21.09.2011; Conflito de Competência nº 990.10.385318-0, de Itu, Rel. Des. Amado de Faria, j. 13.10.2010).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito, declarada a competência da 16ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0183186-75.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR INTEGRANTE DA 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CLÓVIS CASTELO, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI, RUY COPPOLA, CORREIA LIMA, GRAVA BRAZIL E LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação envolvendo contrato de prestação de serviços, objetivando a transferência do nome de domínio

do nome virtual - Necessidade de interpretação de cláusulas contratuais e não a proteção a direitos de autor, propriedade industrial, patentes, marcas, denominações sociais e atos da junta comercial - Competência que não se insere dentre as da Câmara de Direito Privado I - Conflito procedente, para afirmar competente a Câmara Suscitada, qual seja, a 20ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela autora "em face de três decisões proferidas nos autos da Ação de Conhecimento sob o Rito Ordinário com Pedido de Antecipação de Tutela", porquanto o Juízo, "após ter concedido parcialmente a tutela pretendida, deu entendimento diverso à própria decisão, de modo a restar inócua a decisão que anteriormente havia concedido em parte a antecipação da tutela".

O recurso foi distribuído por prevenção à 20ª Câmara de Direito Privado, como Juiz certo o Desembargador REBELLO PINHO em razão da distribuição anterior do Agravo de Instrumento nº 0102781-52.2013 (fls. 168). Sua Excelência, por decisão monocrática, afirmou ser aquela Câmara incompetente para o julgamento, conforme o decidido por aquele Colegiado no aludido agravo anterior. A decisão do Relator transcreve parte de aludido v. acórdão, assim:

> "Ações relativas a direito de autor, propriedade industrial, patentes, marcas, denominações sociais e atos da junta comercial", dentre as quais se inclui a presente envolvendo pedido de transferência do nome do domínio [...] e reconfiguração do DNS e declarar integralmente quitadas as obrigações da autora quanto à remuneração à Smartgeo em decorrência do contrato entabulado entre as partes, enquadram-se na competência das Egs. 1ª e 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado" (fls. 169/171).

O agravo foi, então, redistribuído à 9ª Câmara de Direito Privado, tendo como Relator o Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR (fls. 174). Esse Colegiado dele não conheceu e suscitou dúvida de competência, porque

> "a temática calcada nesta demanda está relacionada ao contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, não se tratando de singela discussão a respeito do indevido registro do nome virtual" (fls. 175/181).

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar porque a questão posta em discussão diz respeito à divisão interna de serviço do Tribunal de Justiça (fls. 188/189).

É o relatório.

1. Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva

Acesso ao Sumário

em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 100 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação.

Neste caso, a causa de pedir exposta na petição inicial da ação está assentada na existência de contrato que tem por objeto a "**prestação de serviços técnicos de manutenção e suporte** para as consultas realizadas no *site* 'Perto de Você'" (fls. 75/80; destaquei), pretendendo a autora (cf. petição inicial - fls. 35/56):

> "(i) tornar definitiva a antecipação de tutela, condenando os Réus em obrigação de fazer, consistente na transferência do nome do domínio em tela e reconfiguração do DNS, tudo conforme postulado acima; (ii) alternativamente, no caso de recalcitrância dos Réus em cumprir voluntariamente a obrigação de fazer imposta, suprir judicialmente referida declaração de vontade para autorizar a transferência, pela entidade competente, do nome do domínio em questão para a Autora, e demais providências correlatas relativas à reconfiguração do DNS: (iii) considerando os pagamentos efetuados diretamente à SMARTGEO, declarar integralmente quitadas as obrigações da Autora quanto ao pagamento de remuneração à SMARTGEO em decorrência do CONTRATO".

Como bem ressaltado pelo E. Desembargador GALDINO TOLEDO, da 9ª Câmara de Direito Privado (suscitante) (fls. 177/181),

> "... como já sustentado na Dúvida de Competência ofertada autos do Agravo de Instrumento nº 0102781-52.2013.8.26.0000, a temática calcada nesta demanda está relacionada ao contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, não se tratando de singela discussão a respeito do indevido registro do nome virtual. Em outras palavras, a transferência do nome de domínio, se o caso, será decorrente da análise do contrato de prestação de serviços celebrado pelas partes e dos efeitos da sentença que apreciar o pedido de interpretação de suas cláusulas e não meramente da proteção advinda do direito marcário."
>
> "A respeito, o artigo 2º, inciso III, letra "b", da Resolução nº 194/2004, e o Provimento n. 07/2007 da Corregedoria Geral da Justiça, preveem que se inserem na competência das 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado: '*ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de*

Acesso ao Sumário

água, gás, energia elétrica e telefonia'".

"Dessa forma, parece evidente que a 20ª Câmara de Direito Privado é o colegiado competente para apreciar e julgar o mérito da causa, posto que, ainda que se trate de direito envolvendo propriedade imaterial, a ação versa questão textualmente prevista pelo assento regimental em comento."

Portanto, a matéria (ação envolvendo prestação de serviços) se insere dentre as de competência preferencial das Seções de Direito Privado II e III (11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado), nos termos da Resolução nº 623/2013, art. 5º, § 1º. Daí a competência da E. Câmara suscitada (20ª Câmara de Direito Privado).

2. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a Câmara suscitada (20ª Câmara de Direito Privado).

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016676-38.2014.8.26.0000, da Comarca de Caçapava, em que é suscitante 25º CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar competente a 18ª Câmara da Seção de Direito Privado (suscitada). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26235)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI, RUY COPPOLA, GRAVA BRAZIL, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO CARLOS SALETTI E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 27 de março de 2014.

CLÓVIS CASTELO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMODATO DE BEM MÓVEL - CONFLITO PROCEDENTE PARA RECONHECER E DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Acesso ao Sumário

(SUSCITADA), INTEGRANTE DA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO II. É da Segunda Subseção de Direito Privado deste Tribunal a competência para exame de recurso oriundo de ação fundada em comodato, independentemente da natureza do bem. Aplicação do art. 5º, II, II.1 da Resolução nº 623/2013. Precedentes do Órgão Especial e do Grupo Especial. Conflito de competência acolhido.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitada pela 25ª Câmara de Direito Privado desta Corte para o julgamento do recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente o pedido de reintegração de posse de duas geladeiras ajuizada pela Companhia Fluminense de Refrigerantes em face de Panificadora Treze de Maio Ltda. EPP.

O apelo não foi conhecido pela 18ª Câmara de Direito Privado desta Corte (relatado pelo desembargador Jurandir de Souza) sob o fundamento de que extraído de ação que diz respeito a "posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis corpóreas e semoventes", matéria afeta à competência da Subseção de Direito Privado III (25ª à 36ª Câmara).

A 25ª Câmara de Direito Privado, para a qual o recurso foi redistribuído, suscitou conflito negativo de competência, por entender que, tratando-se de questão oriunda de contrato de comodato, independentemente da natureza do bem, a matéria se enquadraria na competência das 11ª a 24ª, 37ª e 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste Tribunal.

É o relatório.

Respeitada a posição da Câmara suscitada, competente para o processamento e julgamento do recurso é mesmo a 18ª Câmara que integra a Subseção II de Direito Privado.

É que, a teor do art. 103 do Regimento Interno desta Corte, "*a competência dos diversos órgãos deste Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

E, no caso, a peça inicial reintegratória afirma que os bens que se busca reintegrar - uma geladeira "Kaiser" e um congelador vertical "Coca Cola" - foram objeto de contratos de comodato, firmado entre as partes, e que, findo o prazo do contrato, a requerida, comodatária, se recusa a restituir os bens, conquanto regularmente notificada, o que motivou o ajuizamento da demanda possessória (fls. 02/11).

Bem se vê que a causa de pedir é a relação contratual de comodato, matéria

Acesso ao Sumário

que está inserida dentre aquelas denominadas "**ações oriundas de** representação comercial, comissão mercantil, **comodato**, condução e transporte, depósito de mercadorias e edição" e que continuam sendo da competência da Segunda Subseção de Direito Privado, por força do que dispõe a Resolução nº 623/2013, art. 5º, inciso II, item II.1.

Assim, aliás, vinha julgando reiteradamente o Órgão Especial, e agora o Grupo Especial, como se vê pelos seguintes precedentes:

"Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de reintegração de posse. A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes. Tratando-se de pedido de reintegração de posse baseado em contrato de comodato, a competência é das Câmaras de nºs 11 a 24, 37 e 38 da Seção de Direito Privado. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitante (11ª. de Direito Privado)." (Conflito de Competência n. 0203731-69.2013.8.26.0000, Grupo Especial, Rel. Des. Ruy Coppola, julgado em 20/02/2014).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BENS MÓVEIS, OBJETO DE CONTRATO DE COMODATO. COMPETÊNCIA RECURSAL DA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO II DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO N° 194/2004, ART. 2º, INC. III, "B". PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE." (Conflito de competência nº 0260254-38.2012.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado, Rel. Des. Campos Mello, julgado em 24/10/2013).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação de reintegração de posse de bens móveis originada em contrato de comodato - Aplicação do art. 2º, III, "b", da Resolução n° 194/2004 - Competência da Seção de Direito Privado (da 11ª à 24ª e 37ª e 38ª Câmaras) - Conflito Procedente - Competência da Câmara suscitante." (Conflito de competência nº 0076265- 92.2013.8.26.0000, Grupo Especial, Rel. Des. Ademir Benedito, julgado em 15/08/2013).

"Conflito de competência. Ação de busca e apreensão de caçambas emprestadas (contrato de comodato). Independentemente da natureza da coisa emprestada (coisa móvel), a competência recursal é definida pela natureza jurídica da relação contratual, no caso, contrato de comodato. Competência da 20ª Câmara de Direito Privado (Subseção II), deste Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 2º, III, alínea "b", da Resolução nº 194/2004. Conflito de competência procedente. Reconhecimento da competência recursal da 20ª Câmara de Direito Privado (suscitada)." (Conflito de competência nº 0081262-21.2013.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 23/05/2013).

Ante o exposto, **julgam procedente o conflito para declarar competente a 18ª Câmara da Seção de Direito Privado (suscitada)**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011356-07.2014.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO e é suscitada 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, ADEMIR BENEDITO, CLÓVIS CASTELO, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI, RUY COPPOLA E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 27 de março de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação cautelar de exibição de documentos relativos a contratos de parceria rural - Real escopo da ação que é a prestação de contas referentes a esses contratos - Finalização de arrolamento que é objetivo remoto - Ação principal de prestação de contas em trâmite - Competência, na hipótese, definida pela natureza da demanda e que segue a da ação principal - Matéria que se insere no rol de competência da Subseção de Direito Privado III, nos termos do artigo 5º, III.7, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte - Competência da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecida - Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação nº 0008453-88.2009.8.26.0318 do qual não conheceu a 27ª Câmara de Direito Privado, sob o fundamento de que "*a presente ação cautelar é subsidiária ao*

processo de arrolamento de bens, tendo em vista que, conforme já consignado, foi ajuizada justamente com a finalidade de instruir aqueles autos" (fls. 184/185). Tratar-se-ia, portanto, de competência preferencial da Subseção de Direito Privado I, a teor das então vigentes Resoluções nºs 281/2006 e 194/2004, bem como do Provimento nº 63/2004, deste Tribunal. Entende a suscitante ser hipótese de competência da Câmara declinante, integrante da Subseção de Direito Privado III, por tratar-se de matéria relativa a parceria agrícola, consoante disposto no item III.7, do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, desta Corte.

É o relatório.

Segundo se depreende dos autos, a ação cautelar visa exibição de documentos relativos a contratos de parceria rural firmados entre o Espólio de Antonio Baptistella e Coimbra Usina Cresciumal S.A. (sucedida por LDC Bioenergia S/A, atualmente denominada Biosev S.A.).

Embora mencionado na petição inicial que o objetivo remoto seria a finalização dos autos do arrolamento judicial 1.180/02, da 2ª Vara Cível de Pirassununga, é certo que seu real escopo é a prestação de contas relativas aos referidos contratos. Vale dizer, a ação cautelar não guarda relação direta e estreita com o arrolamento.

Tanto é assim, que, conforme observado pela Colenda Câmara suscitante, encontra-se em trâmite ação principal de prestação de contas (atualmente em grau de apelação, autuada sob o nº 0009253-19.2009.8.26.0318).

Destarte, tendo em vista que, nesta hipótese, a competência se define pela natureza da demanda, ou seja, pelo pedido e pela causa de pedir, bem como considerando que a competência para julgamento da ação cautelar segue a da ação principal, é de rigor reconhecer-se a competência da Câmara suscitada.

Isto porque a matéria da ação principal (contratos de parceria agrícola e arrendamento rural) insere-se no rol de competência da Subseção de Direito Privado III, nos termos do artigo 5º, III.7, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte.

Nessas circunstâncias, competente a Colenda 27ª Câmara de Direito Privado, julga-se procedente o presente conflito de competência.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Incompetência

Acesso ao Sumário

nº 0168673-05.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é excipiente ANTONIO VIEIRA CAMPOS, é excepto E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a exceção de incompetência arguida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19723)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES E ITAMAR GAINO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - Ação rescisória - Acórdão rescindendo proferido pelo E. Tribunal de Justiça - Alegação do excipiente de que o STJ seria competente - Matéria que se insere no rol de competência absoluta - Manejo inadequado da exceção de incompetência relativa - Despacho proferido na rescisória determinando o processamento do incidente em apenso - Ato que conduziu ao entendimento de que a opção do excipiente é correta - Impossibilidade do decreto de revelia - Competência do E. Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação - Inteligência do art. 493, II do CPC - Exceção rejeitada.

VOTO

Trata-se de exceção de incompetência relativa interposta por Antonio Vieira, em que alega ser incompetente esta 21ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação rescisória apensada a estes autos em virtude de que há acórdãos proferidos pela 4ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental opostos contra a decisão monocrática que não conheceu o recurso especial interposto contra o acórdão

rescindendo.

Afirma que no Agravo Regimental, o Ministro Relator reconheceu a ocorrência de novação e existência de liquidez e exigibilidade do crédito do advogado exequente e que a confissão de dívida é apta a embasar a ação de execução nos termos do art. 585, II do CPC e súmula nº 300 do STJ e assim tendo adentrado ao mérito da questão federal controvertida tornou-se competente para a ação rescisória ajuizada.

Por seu turno, a excepta assevera que se trata de incompetência absoluta, arguível em preliminar de contestação, sem suspensão do prazo para resposta e assim o manejo equivocado da exceção implica na revelia do excipiente.

Alega, ainda, que a competência é do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois foi seu integrante quem proferiu o v. acórdão rescindendo, devendo levar-se em conta somente a parte dispositiva da decisão.

É o relatório.

Excipiente e excepta debatem neste incidente a competência para processar e julgar a ação rescisória, sendo que o primeiro defende o deslocamento para o E. STJ e a outra a manutenção neste Tribunal, requerendo o reconhecimento do manejo inadequado que conduziria à revelia.

O embate apresentado se fulcra na distribuição do exercício da jurisdição entre órgãos ou organismos judiciários e deve atender ao interesse público.

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público (competência de jurisdição, hierárquica, de juízo, interna), o legislador em princípio não tolera modificações nos critérios estabelecidos, e muito menos por força da vontade das partes em conflito. Trata-se, aí, da competência absoluta, isto é, competência que não pode nunca ser modificada. (Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1987, São Paulo).

Por certo estamos diante de competência absoluta que não pode ser prorrogada e que impõe àquele que a argúi que o faça em preliminar de contestação.

Na hipótese dos autos, equivocou-se o excipiente ao apresentar exceção relativa, porém foi proferido despacho nos autos da ação rescisória determinando o processamento da exceção de incompetência em apenso o que conduz ao

Acesso ao Sumário

entendimento de que estaria correta a opção do excipiente que agora não pode ser prejudicado com o decreto de revelia.

Ademais, configura-se mera irregularidade que não prejudica a apreciação da exceção.

Confira-se decisão do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL - Competência absoluta arguida por meio de exceção - Suspensão do processo - Tempestividade da contestação - Processada a exceção de incompetência, com a suspensão do processo, interrompe-se o prazo para a contestação, nada importando que o incidente seja mais tarde desqualificado por não dizer respeito à competência relativa. Recurso especial conhecido e provido em parte (RESp 809.755/ES (2006/0007139-2, Rel. ARI PARGENDLER)

No mesmo sentido decidiu esta C. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Dano moral - Exceção de incompetência - Competência absoluta que, em tese, deveria ter sido arguida como preliminar de contestação - Inteligência dos arts. 113 e 301, II, do Código de Processo Civil - Oposição de exceção de incompetência, recebida pelo juízo - Suspensão do processo - Admissibilidade - Processamento que não causará prejuízo ao agravante - Existência de divergência jurisprudencial sobre o tema - Negado pedido de antecipação de tutela para rejeitar a exceção - Decisão mantida - Recurso não provido. (Agr. Instr. n. 0122394-92.2012.8.26.0000, Rel. WALTER BARONE)

Desta forma, apesar de a súmula 294 do E. STF dispor que "é competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida", verifica-se que não há incidência na espécie.

Acesso ao Sumário

As decisões acostadas aos autos pelo excipiente não possuem o condão de atrair a competência do julgamento da ação rescisória, tendo em vista o regramento para o seu ajuizamento que se encontra estampado no CPC, Constituição do Estado e Norma de Organização Judiciária.

O art. 493 do CPC dispõe sobre a competência para o julgamento da ação rescisória e em seu inciso I estabelece que esta pertence aos Tribunais Superiores na forma de seus Regimentos Internos, devendo ser observado também o art. 93

do CPC.

Na esfera estadual a competência fica subordinada às normas de organização judiciária e à respectiva Constituição do Estado, na forma do § 1º do art. 125 da Constituição Federal e art. 493, inciso II, do CPC. Desta forma a competência dos Tribunais Estaduais, restringe-se às ações rescisórias dos acórdãos que profira, bem como das sentenças de juízos de primeiro grau.

Ressalte-se que conforme Regimento Interno deste Tribunal a ação rescisória não é julgada pela Câmara que proferiu o v. acórdão rescindendo, mas pelo Grupo de Câmaras, no caso o 11º Grupo de Direito Privado.

Por conseguinte, a competência para processar e julgar a presente ação rescisória é deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Isto posto rejeita-se a exceção de incompetência arguida.

Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0206954-64.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são autores FELIPE TAVARES DA SILVEIRA e OMARIZIO TAVARES DA SILVEIRA (POR CURADOR), é réu JOSÉ BRAZ DE MOURA FONSECA.

ACORDAM, em 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente), GILBERTO LEME, MORAIS PUCCI, CLAUDIO HAMILTON, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, DIMAS RUBENS FONSECA E GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança na

qual um dos Corréus, locatário, é absolutamente incapaz para os atos da vida civil, com curatela determinada desde 1998 - Trâmite processual que não contou com a manifestação do Ministério Público em nenhuma de suas fases, tendo o incapaz deixado de apresentar defesa durante a etapa de conhecimento do processo - Hipótese dos autos, absolutamente "sui generis" e que deve ser analisada à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica - Contrato de locação que não poderia ter sido assinado pelo incapaz - Negócio jurídico firmado pelo incapaz é nulo, com ilegitimidade passiva "ad causam" para a demanda de despejo, que deve ser declarada de ofício - Perecimento do objeto da presente ação rescisória quanto à participação do MP na ação de despejo. AÇÃO RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE, com observação.

VOTO

Trata-se de ação rescisória (fls. 02/13) ajuizada por FELIPE TAVARES DA SILVEIRA e OMARIZIO TAVARES DA SILVEIRA (representado por OMARINO TAVARES DA SILVEIRA) contra JOSÉ BRAS DE MOURA FONSECA, objetivando a rescisão do v. acórdão (fls. 100/102) proferido por Turma da E. 28ª Câmara deste Tribunal de Justiça e relatado pelo Exmo. Des. Cesar Lacerda, transitado em julgado (fls. 114), que negou provimento, por votação unânime, ao recurso de apelação cível nº 0157759-72.2010.8.26.0100 interposto pelo ora Coautor FELIPE TAVARES DA SILVEIRA, mantendo a r. sentença de parcial procedência da ação de despejo por falta de pagamento (fls. 78/79), que tramitou perante a 19ª Vara Cível Central da Comarca da Capital e declarou rescindido o contrato de locação entre as partes, determinando aos ora Autores a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 15 dias, sob pena de despejo, condenando os mesmos ao pagamento dos alugueis e encargos da locação no período pleiteado na petição inicial, até a data da efetiva desocupação, acrescidos de multa contratual de 10% sobre o valor atualizado do débito, custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, observada a gratuidade judiciária deferida ao ora Coautor, FELIPE TAVARES DA SILVEIRA.

Acesso ao Sumário

Os Autores ajuizaram a presente ação sustentando, em síntese, que houve violação a literal dispositivo de lei (art. 82, I, CPC) quanto à necessária intervenção do Ministério Público durante todo o trâmite da demanda originária, de despejo por falta de pagamento, uma vez que o Coautor OMARIZIO

TAVARES DA SILVEIRA é, de forma comprovada, absolutamente incapaz para os atos da vida civil (fls. 53, 87, 126/130 e 137/143), sendo tal fato, ademais, ignorado tanto em primeira instância judicial quando do julgamento do recurso de apelação interposto pelo Coautor FELIPE TAVARES DA SILVEIRA. Ainda, suscitou a existência de dolo do Réu, pois há documentos novos que atestam o prévio pagamento dos valores descritos como inadimplidos na ação de despejo ajuizada (fls. 24/28 e 40). Requereram antecipação dos efeitos da tutela e, ao fim, a procedência da ação rescisória, com a desconstituição da coisa julgada e novo julgamento da demanda.

A petição inicial foi recebida, deferindo-se aos Autores a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, a fim de ser determinada a suspensão da execução do v. acórdão rescindendo (fls. 164/166).

O Réu apresentou contestação ao feito (fls. 174/183), requerendo, em preliminar, a prioridade de tramitação da ação, conforme o Estatuto do Idoso. No mérito, sustentou que o curador do Coautor, mesmo sabendo da existência e tramitação do feito original, deixou que o processo transcorresse sem adotar qualquer medida protetiva dos interesses do incapaz, o que demonstra má-fé dos Autores, inclusive pela confusão entre curador e curatelado (utilização do nome de um pelo outro, até mesmo no momento da contratação da locação, que se deu oito anos após a interdição do ora Coautor). Ainda, aduziu que os documentos novos apresentados não se referem a qualquer período salientado na inicial de despejo ajuizada, sendo que os Autores, na verdade, pretendem apenas procrastinar a desocupação do imóvel do Réu, sem qualquer pagamento por sua utilização.

Houve manifestação do i. órgão do Ministério Público do Estado de são Paulo (fls. 356/358), no sentido de que a ausência de participação do "Parquet" estadual nos autos originais implica nulidade absoluta e insanável, porém não atacável por meio de ação rescisória, já que se poderia reconhecer tal nulidade até mesmo por meio incidental, perante o Juízo de primeira instância. Assim, pugnou pela improcedência da presente ação.

É o relatório sucinto.

Trata-se de ação rescisória de v. acórdão que negou provimento, por votação unânime, ao recurso de apelação interposto pelos ora Autores, mantendo a r. sentença de parcial procedência da ação de despejo por falta de pagamento que declarou rescindido o contrato de locação entre as partes, determinando aos ora Autores a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 15 dias, sob pena de despejo, condenando os mesmos ao pagamento dos alugueis e encargos da locação no período pleiteado na petição inicial, até a data da efetiva desocupação, acrescidos de multa contratual de 10% sobre o valor atualizado do débito, custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% sobre

Acesso ao Sumário

o valor atualizado da condenação, observada a gratuidade judiciária deferida ao ora Coautor, FELIPE TAVARES DA SILVEIRA.

Esta ação rescisória, portanto, apresenta dois fundamentos: (a) violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V) e, alternativamente, (b) dolo do Réu contra os ora Autores (art. 485, III, primeira parte, CPC).

Cumpre salientar, logo de pronto, que a ação rescisória ajuizada versa sobre questões meramente de direito, estando as eventuais questões de fato que demandam análise já devidamente comprovadas nos autos, motivo pelo qual se procede ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 491 c/c art. 330, I, ambos do CPC.

Assim, deve-se observar, em primeiro lugar, a questão atinente à violação a literal dispositivo de lei, qual seja, o art. 82, I, do CPC, cuja literalidade é a seguinte:

"Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;"

Observa-se dos autos, então, que não houve realmente qualquer espécie de participação do Ministério Público durante o trâmite da ação de despejo por falta de pagamento ajuizada contra os Autores, restando, pois, apenas a necessária verificação acerca da obrigatoriedade, ou não, de sua intervenção "in casu".

Com efeito, a ação de despejo ajuizada pelo ora Réu (fls. 24/28) tinha por base o inadimplemento do pagamento de alugueis e acessórios devidos pelos ora Autores em virtude de contrato de locação no qual os mesmos figuraram como locatários de bem imóvel pertencente ao ora Réu, locador (fls. 33/37). Assim, após o recebimento da inicial e o deferimento dos benefícios do Estatuto do Idoso ao Réu da presente demanda, foi determinada a citação de ambos os locatários (fls. 41).

Em resposta, o Coautor FELIPE TAVARES DA SILVEIRA apresentou contestação ao feito (fls. 44/50), na qual, desde logo, suscitou a questão da incapacidade civil do Coautor OMARIZIO, conforme trecho que segue transcrito (fls. 46):

Acesso ao Sumário

"Ademais, é importante ser informado que *o co-requerido OMARIZIO TAVARES DA SILVEIRA é pessoa portadora de necessidades especiais, em razão de deficiência mental*, como demonstra o relatório médico ora acostado aos autos, que tem o imóvel como sua única residência e que, se for despejado, ficará desamparado.

Tal situação não se pode admitir, em princípio, porque os valores cobrados foram pagos, ainda que em partes, pelo requeridos. Assim, *a decretação do despejo poderá ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, pela deficiência do co-requerido.*" (destacado).

E, como instrução probatória da referida alegação, trouxe aos autos, na ocasião, relatório médico do Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores em Transporte Rodoviário Urbano de São Paulo (fls. 53), na qual se atesta que o Coautor OMARIZIO apresenta realmente patologia grave.

Acontece que, frustrada a primeira tentativa de citação de OMARIZIO TAVARES DA SILVEIRA (fls. 66), foi determinado ao ora Réu que adotasse providências cabíveis (fls. 59), quando, então, indicou como endereço de citação o do próprio imóvel alugado, ou seja, Rua Maestro Cardim, 38, apto. 04, Liberdade, São Paulo, CEP.: 01323-000 (fls. 61). Foi no referido endereço que se deu o ato processual de citação, cuja dinâmica foi narrada pelo sr. Oficial de Justiça da seguinte forma (fls. 67):

"Certifico eu, Oficial de Justiça abaixo assinado, que em cumprimento ao presente mandado dirigi-me à Rua Maestro Cardim, nº. 38, apto - 04 e aí sendo *citei o Sr. **Omarzio** Tavares da Silveira*, o qual ficou ciente do inteiro teor do mandado que lhe li, exarou seu ciente no aditamento e aceitou a contrafé que ofereci. O referido é verdade e dou fé." (destacado).

É de se observar, aqui, que na referida anotação feita pelo sr. Oficial de Justiça, o nome do citando não foi redigido de forma correta (constando "OMARZIO" e não "OMARIZIO"), porém tal fato não foi discutido nos autos, razão pela qual não se releva qualquer efeito jurídico a essa conjuntura.

Há, entretanto, nos autos certidão cartorária no sentido de que o ora Coautor deixou transcorrer "in albis" o prazo para apresentar contestação (fls. 68) e, após isso, o feito seguiu seu trâmite, com réplica do ora Réu (fls. 70/71), determinação para que as partes apresentassem provas a serem produzidas (fls. 72), com requerimento positivo do Coautor FELIPE (fls. 73) e negativa do Réu (fls. 75/76), proferindo-se, em seguida, r. sentença de mérito (fls. 78/79).

Contra tal "decisum" houve a interposição de recurso de apelação por FELIPE TAVARES DA SILVEIRA (fls. 81/83), no qual sustenta o Coautor da presente ação, novamente, a existência do outro locatário, portador de deficiência mental, no imóvel. Observe-se o trecho (fls. 83):

"Também é importante dizer que o co-requerido Omarizio também reside no imóvel. Conforme já dito, *trata-se de pessoa portadora de necessidades especiais e que, com a decretação do despejo irremediavelmente estará desamparado, sendo que tal fato sequer foi levado em consideração nos autos*, de forma a incentivar uma conciliação entre as partes." (destacado).

Logo após, reiterou-se a juntada de documento com declaração médica sobre a patologia do Sr. OMARIZIO (fls. 86/87) e o próprio Réu, em suas contrarrazões recursais (fls. 89/93), afirmou que, a despeito de tal fato, teria ocorrido a revelia pela ausência de contestação. Confira-se a fundamentação ali adotada (fls. 91):

"Entretanto, na peça contestatória do Co-Réu Felipe, menciona que o

Acesso ao Sumário

Co-Réu Omarizio é pessoa deficiente, não sendo portanto responsável por seus atos.

Apensar de não juntar aos autos documento que comprovasse tal fato, ele (Felipe), por residir também com o Co-Réu Omarizio, deveria ter contestado a presente demanda, também no nome daquele, que não o fez."

Diante de tal conjuntura, foi proferido o v. acórdão rescindendo, que negou provimento ao recurso de apelação, por votação unânime.

Acontece que, realmente, restou cabalmente comprovado nos autos que o ora Coautor OMARIZIO TAVARES DA SILVEIRA padece de encefalopatia crônica infantil, moléstia que o torna incapacitado para a realização de atividades físicas e cognitivas (fls. 138/143), sendo, ademais, decretada judicialmente sua curatela em MAI.1998 (fls. 137).

Entretanto, na hipótese dos autos, deve-se analisar a conjuntura narrada de forma metódica, principalmente para fins de resguardo do princípio da boa-fé objetiva, que deve reger toda e qualquer relação jurídica no Direito pátrio e, em especial, os negócios jurídicos, como a locação.

"Os princípios de *probidade* e *boa-fé* (*Treu und Glauben*, na expressão alemã), tanto na formação como na execução do contrato, inspiram as atuações dos contratantes (Código Civil, art. 442: 'Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé'). (...)

O certo é que o direito de contratar, como direito subjetivo que é, visa satisfazer um interesse; o exercício de tal direito, sem que se atenda ao fim de satisfação do interesse, constitui *abuso de direito* (...)." (SLAIBI FILHO, Nagib. SÁ, Romar Navarro de. *Comentários à Lei do Inquilinato*. 10ª ed., atual., Rio de Janeiro: Forense S/A, 2010, p. 10).

Pois bem. O mandado de averbação de curatela em relação a OMARIZIO, na hipótese dos autos, foi expedido em 29.MAI.1998 (fls. 137), sendo que o contrato de locação entre JOSÉ BRAZ, locador, de um lado, e FELIPE TAVARES e OMARÍZIO TAVARES, locatários, de outro, foi firmado em 22.JUN.2006 (fls. 33/37), ou seja, mais de oito anos após a curatela de OMARÍZIO ter sido decretada. Ainda, conforme se depreende dos autos, quem efetuava o pagamento dos aluguéis era apenas FELIPE TAVARES DA SILVEIRA (fls. 56/57) e não seus irmãos.

Tal conjuntura faz com que se deva equacionar a situação de fato de forma a amoldar-se da melhor maneira possível seu aspecto jurídico, evitando-se prejuízo às partes (tanto ao Locador, ora Réu, que já espera anos a fio para ver efetivados seus direitos, quanto ao Locatário, FELIPE TAVARES DA SILVEIRA, que tem direito ao processo hígido e célere - o mais célere possível).

Dessa forma, as circunstâncias fáticas que envolveram o contrato e a dinâmica processual da ação originária recomendam a observação de que o

próprio negócio jurídico não poderia ser efetivado com relação ao absolutamente incapaz, OMARÍZIO TAVARES DA SILVEIRA. Isso porque, como é sabido, a validade de todo e qualquer negócio jurídico, no Brasil, condiciona-se à presença de agente capaz (art. 104, I, CC) e, logo, não poderia o referido incapaz participar de contrato de locação de maneira direta, sem intervenção de seu curador.

As possibilidades, então, de ferimento aos valores éticos, na hipótese dos autos, em detrimento dos legítimos interesses do credor são grandes, devendo-se, portanto, utilizar a interpretação que melhor equacione a situação fática e jurídica envolvida. Aliás, como pergunta Lenio Luiz Streck: "Pergunto: pode o Direito, hoje, ser cindido da ética (ou, melhor, da moral)? É ainda possível dizer, como se fazia "antigamente", que uma conduta era imoral, mas legal?"[1]. E, é claro, a resposta só pode ser negativa.

Dessa forma, como o incapaz não poderia sequer figurar no contrato firmado como parte contratante, a melhor interpretação jurídica a ser dada é a de que, no caso da ação originária, a ação de despejo ajuizada pelo ora Réu (fls. 24/28), o incapaz OMARÍZIO TAVARES DA SILVEIRA era parte passiva ilegítima "ad causam".

Ora, a condição da ação legitimidade "ad causam" é verifica na pertinência entre a relação jurídica suscitada na inicial e as partes nela envolvidas. A respeito do tema da legitimidade de partes, bem explica Vicente Greco Filho:

"(...) Apesar de a legitimidade ser examinada no processo e ser uma condição do exercício da ação, a regra é a de que as normas definidoras da parte legítima estão no direito material, porque é ele quem define as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares." (*in Direito Processual Civil*, Saraiva, 2002, vol. I, p. 79).

E, na hipótese dos autos, realmente não havia pertinência alguma entre o incapaz e a pretensão do locador de reaver seu imóvel, uma vez que aquele nem mesmo poderia ter figurado na relação jurídica "ex locato". Nem se fale, aliás, do papel omisso do curador do incapaz, também irmão do Corréu FELIPE TAVARES, que não atuou como deveria, nos termos legais, portanto, nem na conclusão do contrato entre as partes, nem no âmbito do processo original, para a defesa dos interesses do curatelado.

A constatação, entretanto, que exsurge de tudo o quanto analisado é a de que tal provimento faz com que não exista qualquer vício na ação originária em virtude da falta de participação do Ministério Público já que, diante de todas essas peculiaridades, deve-se considerar, então, que o incapaz não poderia ter contraído "ab initio" obrigações e direitos em negócio jurídico sem a intervenção de seu curador, razão pela qual se deve declarar sua ilegitimidade passiva "ad causam" para a demanda originária, sendo que tal provimento não prejudica de

Acesso ao Sumário

1 http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/senso-incomum-perus-pavoes-urubus-relacao-entre-direito-moral

forma nenhuma os direitos das demais partes e, por outro viés, ainda realiza o princípio da boa-fé objetiva.

Assim, para fins de presente demanda, não se está diante de ferimento a literal dispositivo de lei, e, tampouco, diante de tudo o quanto explicitado, de dolo do Réu contra os ora Autores, já que, se haveria alguma parte prejudicada em tudo o quanto alegado nesta ação rescisória, seria apenas o Locador, que, até hoje, viu frustrados seus direitos oriundos do contrato firmado com os Locatários.

"Ex positis", deve ser julgada parcialmente procedente a presente demanda, com o único fim de excluir-se o Corréu OMARÍZIO, incapaz, do polo passivo da demanda, haja vista sua ilegitimidade passiva "ad causam" para a demanda originária, sem sucumbência do ora Réu, ademais, naquela ação, com a condenação dos Autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de sucumbência arbitrados, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, em R$ 1.000,00, revertendo-se o valor do depósito preliminar (art. 488, II, CPC) em favor do Réu (art. 494, segunda parte, CPC).

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação rescisória ajuizada e, quanto ao Corréu OMARÍZIO TAVARES DA SILVEIRA, **DECLARO** o mesmo parte ilegítima "ad causam" da ação originária, e **CONDENO** os Autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R$ 1.000,00, com a reversão do valor do depósito preliminar a favor do Réu, nos termos do art. 494, segunda parte, do CPC, mantendo-se, no mais, o v. acórdão rescindendo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2023204-88.2013.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é autor MARCELO DOMINGOS VEIGA, é réu LUIZ ALBERTO CIUFFA MIGUEL.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a inicial, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), CARLOS ABRÃO, MELO COLOMBI, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, CARDOSO NETO E ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 11 de dezembro de 2013.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESCISÓRIA - Pretensão de desconstituição do julgado com fulcro no artigo 485 do Código de Processo Civil - Impossibilidade - Hipótese que a alegação de falsidade da prova não encontra qualquer respaldo probatório - Laudo que fundamentou a sentença de procedência dos embargos monitórios bem como o acórdão que a manteve, foi realizado por perito de confiança do Juízo sem qualquer comprovação de impedimento ou suspeição - Mero inconformismo com a prova que não autoriza o manejo da ação rescisória - Inicial inepta - Inocorrência de afronta aos dispositivos do artigo 485 do Código de Processo Civil - Indeferimento da inicial.

VOTO

MARCELO DOMINGOS VEIGA propôs a presente ação Rescisória contra LUIZ ALBERTO CIUFFA MIGUEL, pretendendo desconstituir o v. Acórdão proferido na apelação Nº0010795-02.2007.8.26.0073, de Relatoria do DD Desembargador Francisco Giaquinto, para que seja proferida nova decisão que declare constituído título executivo judicial objeto da ação monitória. Salienta que o julgado está amparado em prova cuja falsidade deverá ser aferida no curso da própria ação rescisória, tendo em vista que a perícia realizada no feito legitimou a falsidade da assinatura constante do recibo apresentado nos embargos monitórios, não obstante a existência de parecer técnico elaborado por instituto especializado em perícia documentoscópica, cujo documento não foi considerado no julgamento da causa em violação ao artigo 462 do Código de Processo Civil. Postula a realização de nova prova pericial. Requereu a tutela antecipada e procedência da ação. Juntou os documentos de fls. 17/262.

É o relatório.

O requerente ajuizou ação monitória em face do requerido pretendendo o recebimento de uma nota promissória no valor de R$16.500,00, entretanto, foi arguida a quitação do débito em sede de embargos monitórios, mediante a apresentação de um recibo supostamente assinado pelo requerente.

Suscitado incidente de falsidade, foi realizada prova pericial grafodocumentoscópico do recibo, tendo sido ressalvada a necessidade de realização da perícia por perito independente na medida que o requerido era, na ocasião, perito do Instituto de Criminalística, lotado na Comarca de Avaré.

Em que pesem todas as argumentações, e o laudo divergente apresentado, os embargos foram julgados procedentes, com declaração de extinção da

Acesso ao Sumário

obrigação inserta na nota promissória.

Em sede de apelação, foi negado provimento ao recurso, com declaração de voto vencido da Desembargadora Revisora Zélia Maria Antunes Alves, que entendia necessária a realização de nova perícia, tendo sido acolhidos embargos declaratórios apenas para correção de erro material, mantida a decisão de procedência dos embargos.

O requerente ainda interpôs recurso especial, ao qual foi negado seguimento, sendo que o agravo tirado contra tal decisão sequer foi conhecido.

A ação rescisória, portanto, está fundada na hipótese do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ou seja, na hipótese da sentença de mérito se fundar em prova, cuja falsidade teria sido apurada.

No caso, o fundamento da falsidade da prova pericial reside na condição do requerido ser perito criminal bioquímico, lotado na Superintendência Técnico-Científica - Secretaria de Segurança Pública de Avaré, conforme documento de fls.57.

Como se depreende do laudo de fls.69/85, o perito grafotécnico que o assina é Sr. Sebastião Edison Cinelli, indicado pela Associação de Peritos Judiciais e não há registro de qualquer relacionamento de parentesco ou amizade entre tal perito e o requerido.

O simples fato de ambos exercerem a mesma atividade laborativa não é suficiente para reconhecimento de suspeição ou impedimento, até porque tal suspeição não foi arguida no momento de sua nomeação e não há prova de que a suspeita se funde em amizade íntima, relação de parentesco ou interesse na causa, tal como previsto nas hipóteses elencadas no artigo 135 do Código de Processo Civil.

Observo que não há registro de que tenha sido arguido impedimento ou suspeição, tempestivamente, no prazo a que alude o artigo 138 do Código de Processo Civil.

A insatisfação com o resultado de uma prova, que foi realizada de forma legítima, por perito de confiança do Juízo não é suficiente para amparar a rescisão de uma decisão judicial já transitada em julgado, sob pena de se criar uma insegurança jurídica.

AÇÃO RESCISÓRIA. Pretensão em se desconstituir sentença que rejeitou embargos monitórios e constituiu título executivo judicial. Inadmissibilidade. Demanda calcada no art. 485, VI, do CPC. O meio de prova produzido unilateralmente pela autora, sem a observância do contraditório, não possui o condão de embasar possível rescisão da r. sentença atacada que se fundou em laudo pericial que observou o devido processo legal. AÇÃO IMPROCEDENTE. (AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0190477-34.2010.8.26.0000, Rel. Afonso Bráz, j.13.06.2012)

Acesso ao Sumário

O dispositivo legal que ampara a presente ação, pressupõe a existência de prova criminal da falsidade o que não se verifica, consistindo a insurgência em mera suspeita sem qualquer respaldo probatório.

Assim, a petição inicial não pode ser aceita, por falta dos requisitos necessários para propositura da ação rescisória, especialmente a ausência de ocorrência de quaisquer dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Deve ser ressaltado que a rescisória não é meio substitutivo dos recursos cabíveis, que, inclusive, já foram esgotados pela parte interessada, não podendo ser utilizada para o fim de reexame de prova.

"A ação rescisória constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de se transformar em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada." (REsp 136.254/SP. Recurso Especial 1997/0041257-1. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. J. 03-02-2005)

De tal sorte, que não se verificam os requisitos necessários e nem mesmo a descrição de qualquer matéria que pudesse dar ensejo a apreciar alguns dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, bem como a não observância aos requisitos essenciais do artigo 282 do mesmo Diploma Legal.

Ante o exposto, **INDEFIRAM A PETIÇÃO INICIAL**, e em consequência julgo extinta a presente ação, nos termos do artigo 490, inciso I, c.c. artigo 295, inciso III, e artigo 267, inciso VI, todos do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050421-09.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUCAS FERREIRA FELIPE, é agravado DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto: 13386)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança - Advogado que pretende obter pesquisas impressas referentes a prontuários de motoristas dos quais é mandatário - Liminar indeferida pelo Juízo *a quo* - Decisório que merece subsistir - Apreciação de liminar inserida no poder geral cautelar do juiz - Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável - Hipóteses não configuradas no presente caso - Perigo da demora não configurado, ao menos numa análise perfunctória, pois o ato combatido permite a obtenção de certidões com as informações buscadas pelo impetrante, impedindo apenas a impressão de extratos de pesquisa do sistema informatizado do DETRAN - Negado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a fls. 31/32 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por LUCAS FERREIRA FELIPE contra ato do DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO, indeferiu o pedido de liminar que visava compelir a autoridade coatora a fornecer pesquisas impressas referentes a prontuários de motoristas dos quais o autor é advogado.

Sustenta o agravante, em essência, que o ato combatido fere o direito ao acesso à informação, além de prejudicar seriamente a defesa de seus clientes em juízo e fora dele. Com esses fundamentos, pede o provimento do agravo, com a antecipação da tutela recursal.

Recurso tempestivo e acompanhado dos documentos obrigatórios.

Desnecessário o pedido de informações ao Digno Juízo monocrático, bem como dispensável a intimação do agravado para resposta.

É, em síntese, o relatório.

Examinadas as questões trazidas pelo agravante, bem como os fundamentos adotados pelo nobre Magistrado ***a quo***, tem-se que a r. decisão de primeiro grau deve mesmo subsistir.

Com efeito, o mandado de segurança é ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo do impetrante, violado em razão de abuso de poder do impetrado. Está inteiramente disciplinado pela Lei nº 12.016/2009.

A concessão de liminar em mandado de segurança tem como pressupostos a aparência do bom direito, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, num primeiro juízo de mera verossimilhança, bem como o fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

Em outras palavras: a liminar em mandado de segurança é medida que fica a critério do juiz, que ao examinar a inicial e os documentos anexados pode concedê-la, ou não, de acordo com o seu livre convencimento, não podendo o Tribunal substituí-lo nesta questão, a menos que a decisão seja teratológica ou de manifesta ilegalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito do tema, anota Theotônio Negrão:

> ***"a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato denegatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior".*** (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 37ª ed., pág. 1.828, nota 21b ao art. 7º da Lei nº 1.533/51).

Acesso ao Sumário

E, ainda, como dilucida Hely Lopes Meirelles:

"A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito **- fumus boni juris e periculum in mora*****. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado"*** *(Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 17ª ed. atual., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 58).*

No caso em tela, a decisão, restrita ao indeferimento da liminar, não se mostra ilegal e tampouco abusiva, porque ausentes os requisitos legais para tanto, notadamente o perigo da demora.

Isso porque, ao menos numa análise perfunctória, não há elementos que tragam a certeza de sérios prejuízos ao impetrante, pois o ato combatido permite a obtenção de certidões com as informações por ele buscadas, impedindo apenas a impressão de extratos de pesquisa do sistema informatizado do DETRAN.

Destarte, não estando presente um dos requisitos para a concessão da liminar, de rigor a manutenção do seu indeferimento, não sendo convenientes maiores digressões a respeito da matéria nesta oportunidade, as quais podem ser interpretadas como antecipação do julgamento e supressão de um grau de jurisdição.

Acesso ao Sumário

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao improvimento do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX). De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí por que, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0157965-27.2012.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO DAS MARCENARIAS E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO E REGIÃO - IDEMAC, são agravados ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS - APAS e ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS - APAS - REGIONAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20437)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação civil pública. Demanda de natureza consumerista. Fornecimento de sacolas plásticas pelos supermercados. Inexistência de debate quanto ao valor intrínseco do bem ambiental, mas sim, sobre prejuízos aos consumidores. Temática ambiental relegada a plano secundário. Matéria que não envolve "interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos" diretamente ligados ao meio ambiente. Inteligência da Resolução n. 512/2010 desta Corte. Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto contra a r. decisão proferida em ação civil pública,

que indeferiu pedido de tutela antecipada, para obrigar os réus a continuarem distribuindo gratuitamente sacolas plásticas gratuitamente aos consumidores, preferencialmente biodegradáveis, ou de papel; bem como para se absterem de fornecer caixas de papelão já utilizadas para o armazenamento de quaisquer outros produtos (fls. 55 e verso).

Sustenta, em síntese, que os supermercados associados à agravada estão incidindo em prática comercial ilegal e violadora dos direitos do consumidor, ao negarem a concessão de sacolas plásticas adequadas para acondicionamento de suas compras, inclusive mediante a prática de "venda casada", por meio da comercialização de sacolas retornáveis para que os consumidores condicionem e transportem seus produtos, de modo que o deferimento da liminar é medida que se impõe. Pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, a reforma do julgado (fls. 2/22).

O despacho de fl. 155, exarado pelo E. Desembargador Carlos Russo, determinou o processamento do recurso no efeito devolutivo.

O MM. Juízo *a quo* prestou informações (fls. 160/162).

Nesta instância a D. Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo não conhecimento ou, alternativamente, pelo desprovimento do recurso (fls. 174/180). Em nova vista, emitiu parecer pelo não conhecimento do agravo, porque prejudicado (fls. 193/197), reiterando tal posicionamento em terceira manifestação (fls. 214/216).

Os autos foram inicialmente distribuídos à Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, que, por unanimidade, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição para esta Egrégia 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 220/222).

É o relatório.

Respeitado o entendimento firmado na decisão exarada pela Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, não compete às Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente examinar e julgar o presente recurso.

Acesso ao Sumário

A presente demanda, ainda que resvale em questão ambiental, não se enquadra entre as que envolvem "*interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente*", conforme o disposto na Resolução n. 512/2010, que deu nova redação às Resoluções n. 240/05 e 447/2008, todas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dispõe o artigo 1º da Resolução n. 512/2010 deste Tribunal:

> "*A Câmara Especial do Meio Ambiente, criada pela Resolução n. 240/2005, agora denominada 'Câmara Reservada ao Meio Ambiente' (artigo 284, do Regimento Interno), tem competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos* ***diretamente ligados*** *ao*

meio ambiente, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" **(destacou-se).**

O caso em debate, porém, trata de questão consumerista, consubstanciada em ação civil pública, com pedido condenatório, objetivando a distribuição gratuita de sacolas plásticas aos consumidores, quantas forem necessárias ao acondicionamento de suas compras; bem como a proibição de fornecimento de caixas de papelão que tenham servido antes ao acondicionamento de quaisquer produtos. A temática ambiental está, pois, relegada a plano secundário, ou seja, como mero pano de fundo da causa.

Enfim, não está em discussão o valor intrínseco do bem ambiental, mas sim, a defesa da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, questões que, obviamente, não demandam julgamento por esta Câmara Especial.

Em caso análogo, foi decidido por este Egrégio Tribunal de Justiça, em sede de conflito de competência:

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA - QUESTÃO RELATIVA À TUTELA CONSUMERISTA - TEMA VERSADO SEM CONOTAÇÃO AMBIENTAL - COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO PARA A QUAL FOI INICIALMENTE DISTRIBUÍDO O RECURSO - CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE PARA ESTABELECER A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA.*

(...)

Está evidenciada nos autos a pura intenção de se proteger o consumidor da venda casada de sacolas e sacos plásticos nas compras realizadas nos estabelecimentos comerciais do Município de Marília (...)

O caso sob exame, portanto, não tem conotação ambiental, pois, como dito acima, o que se busca é a proteção do direito do consumidor.

A competência desta câmara especializada está intimamente limitada às questões que envolvam diretamente o meio ambiente natural de que trata a Magna Carta em seu art. 225, seguida da legislação infraconstitucional relacionada ao mesmo tema.

Se é o pedido que define a competência, não cabe a esta câmara apreciar questões que extrapolam as questões ambientais.

E não é demais apontar o grande volume de processos que se encontram pendentes de julgamento por esta câmara especializada, de modo que se torna absolutamente inviável a apreciação de toda e qualquer questão que apenas de forma transversa resvale no tema ambiental" (CC n. 0167259-06.2012.8.26.0000, Turma Especial - Público, Rel. Des. João Negrini Filho, j. 24.4.2013, por maioria).

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, não resta outra alternativa senão suscitar conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo Colendo Órgão Especial, por aplicação do art. 200 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso e suscito dúvida de competência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008667-87.2013.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é agravante ODAIR ALVES, é agravado MUNICÍPIO DE SUZANO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19158/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: ***AÇÃO POPULAR - Ajuizamento de ação com a pretensão de, liminarmente, impedir a instalação, pelo município, de pátio de veículos sem a prévia avaliação e licença ambiental - Liminar - Cabimento - Presença dos pressupostos autorizadores para a concessão da medida - Depósito cujos resíduos podem gerar danos ao meio ambiente - Dever de proteção pelo órgão público - Recurso provido.***

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação popular, indeferiu pedido liminar que visava à suspensão da instalação de pátio de veículo, pelo município, até a apresentação de licenciamento ambiental.

Inconformado, sustenta o demandante, em apertada síntese, que as provas mostram que se trata de local protegido ambientalmente; que tentou obter certidão técnica sobre o lugar, como direito de todo cidadão, mas não obteve sucesso; que não foram observados os princípios da prevenção e da precaução; que inexiste,

com a concessão da liminar, prejuízo ao demandado, tendo em vista que ainda possui vagas em outro pátio; que é clara a degradação do meio ambiente com os resíduos que advém dos veículos, além daqueles que aparecerão no local; que a licença ambiental é obrigatória e a sua ausência é incontroversa, uma vez que confessada pelo município; que deve haver um controle na disposição de resíduos que podem afetar o meio ambiente.

Processado no efeito devolutivo e após o advento de resposta e de parecer ministerial, pugnando pelo provimento do recurso, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

O autor ingressou com ação popular buscando a imposição, à Prefeitura da comarca de Suzano, de obrigação de não fazer, consistente na abstenção de prática de ato lesivo ao meio ambiente, sem antes obter o licenciamento pelo órgão competente (CETESB), sob pena de multa diária, tendo em vista a notícia de que o município irá instalar um novo pátio para depósito de veículos apreendidos, ainda que já existam outros pátios, que apresentam degradação ambiental por depósito de resíduos sólidos, sobretudo porque uma nova instalação depende de licenciamento ambiental.

Por primeiro, anota-se que não assiste razão ao agravado na sua alegação de impossibilidade de determinação de liminar em face de Poder Público, porquanto esta hipótese se encontra dentro dos requisitos legais para tanto, não se enquadrando nas vedações do mencionado art. 1º da Lei nº 8.437/92, em conjunto com a legislação referente a mandado de segurança. Ademais, o município já se manifestou neste processo, e cuida-se de conduta que visa à proteção de bem maior, coletivo, que é o meio ambiente equilibrado, sendo certo que é função de todos os poderes (União, Estados, Distrito Federal e municípios) a sua proteção em atuação conjunta.

Consta dos autos que a criação do mencionado pátio de veículo claramente importará em prejuízo ambiental, porquanto haverá uma atividade de depósito de resíduos sólidos, com capacidade de contaminação, dentre outros, do solo e do lençol freático, o que exige cautela do órgão público e obediência às exigências legais de obter um prévio licenciamento para tanto.

Neste ponto, cumpre ressaltar que, conforme o art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81, entende-se por "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".

Com efeito, o município, como ente público, enquadra-se perfeitamente

Acesso ao Sumário

no conceito de poluidor, presente no art. 3º, IV, da Política Nacional do Meio Ambiente ("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), não podendo ele se esquivar das medidas necessárias a evitar uma degradação ambiental. Aliás, não só deve atender aos requisitos essenciais para adoção da medida, como possui um dever constitucionalmente imposto de combater a poluição (art. 23, VII, da Constituição Federal), sem olvidar-se, ainda, que, na legislação de proteção do meio ambiente, instituiu-se, pautando-se no art. 225, § 3º, da CF, a responsabilidade objetiva daquele apontado como poluidor.

Além disto, frise-se que o fato de os atos administrativos, em geral, gozarem de presunção de constitucionalidade e legalidade é inábil para permitir uma atuação que tenha a chance de reproduzir algum dano a um bem de proteção constitucional e de interesse coletivo, que pode afetar a vida de toda a sociedade e engloba, como já dito, uma obrigação protetiva do próprio poder público, como é o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Bem destacou, ainda, o D. Representante da Procuradoria Geral de Justiça que "pouco importa ser ou não o local protegido ambientalmente (área de manancial), o que só agravaria a conduta. A simples ausência de licença do órgão ambiental, flagrante a atividade como degradadora da qualidade ambiental (depósito de resíduos sólidos), já exige a cautela do Poder Público, especialmente do Poder Judiciário a quem se pede guarida quando a ação poluidora provém do próprio Estado".

Igualmente, bem assentou, na sequência, que "muito embora se possa compreender as urgência municipais, especialmente com a guarda de veículos apreendidos, que muitas vezes transtornam o tráfego conturbado das cidades, não se pode admitir que o próprio Poder Público desdenhe de sua obrigação de prevenir e polua o meio ambiente, desenvolvendo atividade potencialmente poluente sem licenciamento".

Destarte, considerando a responsabilidade objetiva em proteger este direito de toda a coletividade, bem como os princípios que devem ser seguidos, máxime para evitar um prejuízo que, eventualmente, tenha de ser restaurado posteriormente, tem-se que presentes os pressupostos legais da medida liminar em questão, que não trará grandes prejuízos imediatos ao Poder Público, mas que trariam possíveis danos irreversíveis, ou de difícil reparação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acesso ao Sumário

É cediço que devem orientar o Direito Ambiental, dentre outros, os princípios da prevenção e da precaução, que estão ligados à reparação dos estragos ambientais, a qual é difícil e, muitas vezes, impossível, por envolver um prejuízo irreversível, incapaz de retornar à forma anterior, dada à classe

do bem, que não tem origem em atuação humana e sim na própria natureza. Tais princípios buscam, respectivamente, evitar um dano ambiental que se tem conhecimento e impedir risco de potencial dano ao meio ambiente, cuja existência ainda não é sabida. Isso por se objetivar um risco mínimo ao meio ambiente, notadamente por se tratar de uma ciência que está em evolução e que ainda não possui todas as certezas sobre consequências na degradação.

A precaução está consagrada tanto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 1º, V, como na Lei nº 6.938/81, no art. 4º, I e IV, que, em geral, preveem a necessidade de um equilíbrio entre a utilização dos recursos nativos e o desenvolvimento econômico, avaliando-se os impactos ambientais; bem como na Lei nº 9.605/98 (que dispõe sobre crimes ambientais) e no texto elaborado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92, em seus artigos 15 e 17.

Em síntese, conforme lição de Marcelo Abelha Rodrigues, "nos casos em que é sabido que uma atividade pode causar danos ao meio ambiente, atua o princípio da prevenção, para impedir que o intento seja desenvolvido. Há, todavia, casos em que não se tem certeza se um empreendimento pode ou não causar danos ambientais. É justamente nessas hipóteses em que atua o princípio da precaução".[1]

Logo, tais princípios, em conjunto, estão intimamente ligados ao quadro aqui discutido, uma vez que apresentada, com verossimilhança nas alegações, a probabilidade de prejuízo e a necessidade de atuação governamental, e de toda a sociedade, na proteção do meio ambiente, evitando-se ou eliminando-se futuras e eventuais lesões.

Consigne-se, por oportuno, que é inegável o dever do ente público para garantir o direito à saúde pública e ao meio ambiente sadio, e, sobretudo, neste caso em apreço, que não foi negada a inexistência de licença ambiental pelo órgão competente, o que exige uma maior cautela na análise da medida, evitando-se possível degradação pelo depósito dos bens.

Caso seja instalado o pátio sem prévia avaliação de impacto ambiental e sem obtenção da devida licença, pode haver uma situação incontornável, o que não ocorrerá na suspensão, ao menos por ora, do início da atuação da prefeitura.

É certo que são os pressupostos para conceder a tutela o convencimento do magistrado da verossimilhança das alegações da parte e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a prestação jurisdicional pretendida não venha no tempo necessário para assegurar o exercício do direito reivindicado (art. 273, I, do CPC). Tais pressupostos, com base no supra explanado, estão presentes e impõem a reforma da decisão, concedendo-se a

Acesso ao Sumário

1 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013. p.306

liminar inserida na exordial, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Finalmente, registre-se que, vencida a análise preliminar, caberá ao juiz do feito o reexame do tema, quando da prolação de sentença, desta feita à luz do contraditório e das provas produzidas pelas partes.

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2050377-87.2013.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é agravante MUNICÍPIO DE VALENTIM GENTIL, é agravada MARIA DE LOURDES ALVES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19210)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. Indenização pela perda de terreno, declarado como de utilidade pública para implantação de obra viária. Acordo que previa que a reparação se daria através de dação em pagamento de um terreno com área de 13.000m². Área recebida pela agravada que é menor do que a prevista no pacto homologado em Juízo. Descrição meramente enunciativa. Diferença inferior a 5%. Transação *ad corpus*. Arts. 357 e 500, §§ 1º e 3º, ambos do Código Civil. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

I - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito ativo interposto pelo **MUNICÍPIO DE VALENTIM GENTIL** contra a r. decisão de fl. 52 (fl. 67 do feito na origem) que, nos autos da ação de reparação de danos proposta

por **MARIA DE LOURDES ALVES**, indeferiu pedido da Municipalidade que pretendia ver reconhecido o cumprimento integral de acordo formulado para por fim ao processo.

A demanda, na origem, tem por objeto o pagamento de indenização pela perda da propriedade de um imóvel da agravada, declarado por lei como de utilidade pública para fins de implantação de obra viária para acesso da cidade à Rodovia Euclides da Cunha (SP-320). No curso do feito, as partes se compuseram, ficando acertado que a Prefeitura daria em pagamento uma outra área, de 13.000m² (fls. 17/19). No entanto, lavradas as escrituras de desapropriação amigável e de dação em pagamento (fls. 29/34), nelas constou que a área recebida pela agravada a título de indenização possuía, na verdade, 12.465,50m².

Alega a agravante que, quando da celebração do acordo, não havia sido elaborado pelo Dep. de Engenharia da Prefeitura o levantamento planimétrico e o memorial descritivo do imóvel previstos no item "c" da proposta, pelo que a área mencionada no acordo não estava adequada ao mapa, justificando a pequena diferença na metragem. Destaca, sobretudo, que constou das escrituras públicas que as partes signatárias davam ampla, geral e irrevogável quitação, colocando fim ao processo, salientando que é lícito às partes transigirem mesmo após o acordo judicial homologado e que, naquele momento, não houve irresignação da agravada. Por fim, salienta que, nos termos do § 1º do art. 500 do Código Civil, é admissível nas transações de imóveis do tipo "*ad corpus*", ou seja, com medidas imprecisas e meramente enunciativas, uma diferença não superior a 1/20 da área total enunciada.

Recurso processado sem efeito suspensivo (fl. 55), não foi ofertada contraminuta.

É o relatório.

II - O recurso deve ser provido.

Trata-se de ação onde a ora agravada busca indenização pela perda de sua propriedade, declarada como de utilidade pública para implantação de obra viária. Houve acordo, ficando acertado que a proprietária da área receberia em pagamento um imóvel, de propriedade da Municipalidade, cuja área seria de 13.000m². Mas quando da lavratura das escrituras públicas de desapropriação e de dação em pagamento, constou que a dimensão da área recebida, cujo valor corresponderia a R$ 18.048,79, seria pouco menor, de 12.465,50m².

As circunstâncias peculiares do caso concreto indicam que a obrigação foi cumprida. Embora conste da avença homologada em Juízo que o imóvel a ser recebido como compensação pela desapropriação devesse ter 13.000m², localizado às margens do Ramal de Acesso Antonio Pimentel, também restou bem claro no mesmo item "c" que a descrição da área seria posteriormente

Acesso ao Sumário

apresentada através de levantamento planimétrico e memorial descritivo a ser elaborado pelo Departamento de Engenharia da Prefeitura (fl. 18). Ou seja, fez-se referência à dimensão total da área, mas com a ressalva de que os limites e a extensão precisa dependeriam de medição técnica posterior.

A regra aplicável, nos termos do art. 357 do Código Civil[1], é aquela estampada no § 3º do art. 500 do mesmo *Codex*, segundo a qual "*não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda 'ad corpus*'".

Além disso, o § 1º do mesmo artigo dispõe que se presume enunciativa a referência às dimensões quando a diferença encontrada não exceder a 5% da área total enunciada, excetuadas as hipóteses em que o comprador faça prova de que não realizaria o negócio caso tivesse ciência da diferença.

No caso em tela, além de a agravada sequer ter apresentado contraminuta, o fato é que, na escritura da desapropriação consta expressamente que ela transferia à Prefeitura o imóvel "*mediante o recebimento a título de indenização pela transmissão ora feita da quantia de R$ 18.048,79 (dezoito mil, quarenta e oito reais e setenta e nove centavos), que será paga nesta mesma data, através de escritura pública de dação em pagamento (...), tendo como objeto uma área de terras com 12.465,50 metros quadrados. (...) Que dessa forma ela transmitente, dá à ora outorgada a mais ampla, geral e irrevogável quitação*" (fl. 30). E da escritura de dação em pagamento consta que a agravada aceitava "*a presente escritura em seus termos, dando plena, rasa, geral e irrevogável quitação do valor de R$ 18.048,79 (dezoito mil, quarenta e oito reais e setenta e nove centavos) à ora doadora, para nada mais reclamar ou exigir*".

Não se ignore que os direitos aqui envolvidos são meramente patrimoniais, portanto disponíveis. Se mesmo havendo o acordo homologado judicialmente, a agravada, em momento posterior, aceita área pouco menor e dá quitação, não pode, agora, pleitear o complemento ou eventual compensação financeira. Não se alegou qualquer vício de consentimento, mesmo porque tudo foi registrado por meio de escritura pública.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido já se manifestou o C. STJ, apreciando questão análoga sob a luz do Código Civil anterior, que em seu art. 1.136[2], trazia disposições em

1 Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

2 Art. 1.136. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões.
Parágrafo único. Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença

todo semelhantes:

> "(...) o Tribunal *a quo* ao reconhecer que ao negócio jurídico entabulado pelas partes fora irrelevante a extensão da área, caracterizando, com efeito, a venda *ad corpus*, assim o fez à luz das provas colhidas e exaustivamente apreciadas, circunstância que faz incidir no particular as Súmulas 5 e 7.
>
> (...)
>
> De outra parte, a presunção contida no § único, do art. 1.136/CC16, de que a referência à área de imóvel vendido é meramente enunciativa se a discrepância não ultrapassar 5%, não conduz à conclusão, *a contrario sensu*, de que se ultrapassado esse percentual, tratar-se-ia de venda *ad mensuram*.
>
> Em realidade, tal presunção decorre de política legislativa e judiciária, segundo a qual 'fração tão exígua não justifica o litígio'. Nesse caso, 'não há ação do comprador, que se decidiu ao negócio pela coisa em si, fosse um pouco maior, ou um pouco menor' (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado (...)*. Vol. XVI: Direito das obrigações (arts. 1.122 - 1.187). 10 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 161/162). (...)". (REsp 618824/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 14.12.2009).

No precedente citado, a diferença existente entre a área efetiva e o quanto pactuado era até superior aos 1/20 mencionados na lei. Aqui, além de não ter sido superado o limite legal e de a agravada ter assinado as escrituras (das quais constava de forma clara a metragem do terreno recebido), dando plena e irrevogável quitação, havia, no pacto, a ressalva expressa de que a descrição precisa das dimensões e limites viria em momento posterior, através de memorial descritivo a ser elaborado pelo Departamento de Engenharia da Municipalidade.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Isto posto, **dá-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

encontrada não exceder de um vinte avos da extensão total enunciada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010123-72.2013.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante ABO AGRICULTURA LTDA., é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.281)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI E CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2014.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - SERVIDÃO DE PASSAGEM - QUESITOS PERÍCIA - INDENIZAÇÃO - Perícia realizada por engenheiro civil, mecânico e de segurança do trabalho que apenas avaliou a área local. Necessidade de perícia contábil para verificação de eventuais prejuízos decorrentes de contratos da expropriada para a construção de aterro sanitário na área objeto de servidão de passagem pelo Poder Público.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ABO Agricultura Ltda. contra a r. decisão digitalizada às fls. 328 que, nos autos da ação de instituição de servidão de passagem administrativa, com pedido de imissão provisória na posse movida pela Fazenda do Estado de São Paulo em face da recorrente, indeferiu o requerimento de quesitos complementares, sob o fundamento de que o perito não poderia se manifestar sobre eventual prejuízo sofrido por pessoa jurídica estranha aos autos.

Alega a agravante, em síntese, ser necessária a complementação de quesitos à perícia realizada nos autos para verificação de locação menos gravosa à instituição da servidão de passagem em sua propriedade, vez que a área escolhida pelo Poder Público cortará ao meio sua terra e inviabilizará

a construção de um aterro sanitário com terceira empresa (OASIS - Campos Elíseos), cujo projeto já estaria em andamento e para o qual já teriam sido gastos consideráveis valores. Sustenta também ser necessária a complementação de quesitos para análise dos prejuízos sofridos em decorrência dos investimentos já realizados na área para a implantação do aterro sanitário.

Busca com o presente recurso a reforma da decisão proferida em 1ª instância para que o perito judicial responda os quesitos relacionados aos prejuízos decorrentes da impossibilidade de instalação do pretendido aterro sanitário.

O duplo efeito foi indeferido (fls. 332/334).

Contraminuta apresentada (fls. 344/352).

É o relatório.

O presente recurso comporta parcial provimento.

Depreende-se dos autos que a agravada é proprietária de área objeto de ação de instituição de servidão de passagem administrativa com pedido de imissão provisória na posse movida pela Fazenda do Estado de São Paulo para a instalação de tubulação de esgoto oriundo de unidade prisional (área de matrícula nº 9.377 - fls. 25 e 32/35).

Após apresentação de laudo prévio por perito judicialmente nomeado e depósito do valor apurado nos autos, foi deferida a imissão provisória na posse.

Desde sua primeira manifestação nos autos, a recorrente tem questionado sobre a possibilidade de locação menos gravosa à servidão e apresentou documentos comprobatórios de seus contratos particulares que seriam eventualmente prejudicados pela instituição da servidão, dentre os quais o "Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária de Propósito Específico Limitada - Central de Gerenciamento de Resíduos Oásis Limitada" (fls. 122/126), cujo objetivo seria a construção de aterro sanitário em sua propriedade, perante as áreas de matrícula nºs 9.377, 55.621 e 55.622 e para os quais, além de dispendiosos gastos, já teriam sido obtidos alguns dos documentos necessários ao licenciamento ambiental (fls. 154/158 e 257/258).

No que tange à possibilidade de alteração do local para a instituição da servidão, não confere razão à agravante, vez que o Decreto nº 54.778, de 15 de setembro de 2009 declarou a exta área de utilidade pública para fins de instituição da servidão administrativa necessária à instalação da tubulação de esgoto da unidade prisional, conforme elenca a Fazenda Estadual e se verifica do memorial descritivo acostado ao feito (fls. 36) e não cabe ao Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo.

Ademais, a fixação do local atende precipuamente o interesse público, conforme o princípio da supremacia deste sobre o privado que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello "...*é o princípio geral de Direito inerente a*

Acesso ao Sumário

qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência."[1]

Contudo, no que diz respeito à apuração de eventuais prejuízos ocasionados à recorrente em virtude da instituição de passagem perante a construção do aterro sanitário, em que pese o brilhantismo do douto magistrado de 1ª instância, bem como as alegações da Fazenda Pública agravada, necessário o acolhimento parcial das teses da agravante. Isso porque, diferentemente do que entendeu o douto julgador *a quo*, não se trata apenas de prejuízos ocasionados a terceira empresa (OASIS - Campos Elíseos), mas igualmente à agravante que compôs sociedade e comprovadamente fez investimentos no projeto.

As cópias dos contratos sociais mostram que a recorrente constituiu sociedade empresária limitada com terceiro para a "*construção, gestão, administração e exploração de um aterro sanitário, com coleta, disposição, seleção, transformação e transporte de resíduos sólidos, líquidos e pastosos*" (fls. 122/126) e que investiria sua parte contratual com o terreno objeto do presente feito (fls. 143/148 - cláusula terceira - do investimento e das despesas).

Havendo nos autos, portanto, documentos que comprovam a anterior contratação da agravante com terceiros para a instituição de um aterro sanitário que será eventualmente prejudicado pela instituição da servidão de passagem, necessária a análise técnica de possíveis prejuízos financeiros. Tal análise não representa qualquer afronta à separação de poderes, vez que a discricionariedade do ato administrativo permanece intocada, ressalvando-se apenas a justa indenização, constitucionalmente tutelada.

Nos termos do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, a desapropriação é cabível mediante justa e prévia indenização. Conforme lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery "*justa indenização haverá quando o expropriado for indenizado na quantia representativa do valor real do bem desapropriado*"[2] e, não obstante a desapropriação seja instituto distinto da servidão, há que se ressaltar a necessidade de justa indenização pelo prejuízo causado à propriedade. Nas palavras do ilustre mestre Hely Lopes Meirelles "*na desapropriação despoja-se o proprietário do domínio e, por isso mesmo, indeniza-se a propriedade, enquanto que na servidão administrativa mantém-se a propriedade com o particular, mas onera-se essa propriedade com o uso público e, por esta razão, indeniza-se o prejuízo (não a propriedade) que este uso, pelo Poder Público, venha a causar ao titular do domínio privado*"[3].

Vale destacar que até mesmo o perito judicial anteriormente nomeado, engenheiro civil, mecânico e de segurança do trabalho, ressalvou a necessidade de realização de perícia contábil para tanto, conforme se depreende do item 5.5

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Administrativo. 27ª edição, p. 96.

2 Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2009.

3 Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo: 2011.

do laudo prévio (fls. 208/242):

> "*Na contestação, a Expropriada, reivindica outras indenizações como os gastos despendidos até então com a exploração de um aterro sanitário que estaria comprometido por vir a se situar a menos de 200,00m de núcleos urbanos ou quaisquer outros empreendimentos (no caso a unidade prisional) e a construção contratada de um galpão com 360,00². As indenizações reivindicadas necessitam de melhor posicionamento e, salvo melhor juízo,* ***são de natureza contábil****, área não afeta à perícia técnica de engenharia.*"

Desta feita, necessário o acolhimento parcial das teses recursais, apenas para ressalvar a necessidade de análise dos eventuais prejuízos que serão suportados pela recorrente em razão de investimentos prévios para a construção do aterro sanitário. Referida análise deve ser feita por perito judicial contábil, sem que haja necessidade de maiores esclarecimentos por parte do perito anteriormente nomeado nos autos e cuja especialização, como o próprio experto já mencionou, não abrangem tais áreas contábeis/financeiras.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Ante o exposto, é dado parcial provimento ao recurso para que seja nomeado perito judicial contábil à análise de eventuais prejuízos ocasionados à recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2029657-02.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SANTA CRUZ CALÇADOS LTDA., é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22628)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERMINO

Acesso ao Sumário

MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), LEONEL COSTA E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 6 de março de 2014.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. REFORMA DA DECISÃO.

1. Agravo de instrumento interposto pela autora, no qual pretende suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente de auto de infração e imposição de multa, enquanto tramita a ação anulatória de débito fiscal por irregularidade na autuação.

2. Verossimilhança e "periculum in mora" caracterizados. Tutela recursal concedida em liminar e tornada definitiva por este Relator. Reforma da decisão impugnada.

Recurso provido.

VOTO

Vistos;

A SANTA CRUZ CALÇADOS LTDA. interpôs agravo de instrumento em face da decisão de fls. 145/146, na qual a DD. Magistrada "*a quo*" indeferiu o pedido de concessão de tutela antecipada para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.006.355-0 e 4.006.297-1, que poderá gerar a inscrição em dívida ativa das referidas penalidades aplicadas.

A agravante busca, em síntese, a reforma da decisão proferida, justificando a necessidade de concessão de efeito ativo à decisão agravada, em razão da nulidade dos autos de infração e imposição de multa, pois a fiscalização tributária baseou-se em dados obtidos ilegalmente a partir da quebra de sigilo dos dados de cartão de crédito, na operação "*Cartão Vermelho*" para proceder à autuação e à imposição das multas. Requer a concessão de efeito ativo *in limine litis*, consistente na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com base no disposto pelo art. 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, sob o argumento de perigo de irreversibilidade dos danos causados com a possiblidade de inscrição do crédito em dívida ativa, além da inscrição da agravante no CADIN e a impossibilidade de emissão de certidões de regularidade fiscal, que

Acesso ao Sumário

prejudicariam em demasia o exercício da atividade econômica da empresa.

Foi deferida a medida liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

O recurso acha-se em ordem e devidamente processado; autos instruídos com a contraminuta.

É o relatório. Passo ao voto.

1. Reunidos os pressupostos de admissibilidade recursais, conheço do presente agravo de instrumento. No mérito, todavia, o recurso comporta o provimento almejado, consoante fundamentação infra.

2. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido liminar consistente na suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.006.355-0 e 4.006.297-1.

Diante das cópias reunidas nestes autos, constatou-se a possível ocorrência de dano grave e de difícil reparação à agravante que se caracteriza com a possibilidade de inscrição em dívida ativa das referidas penalidades aplicadas.

Assim, pelo fato de o debate processual da presente demanda (ação anulatória fiscal) girar em torno da regularidade do débito fiscal, o pedido recursal encontra espaço para ser acolhido. Isto, porque, embora o crédito tributário possua presunção de certeza e exigibilidade, discute-se a forma de autuação fiscal promovida pela fiscalização estadual, o que pode gerar a nulidade do auto de infração e imposição de multa, acaso comprovada a ilegalidade da quebra do sigilo fiscal.

Desta feita, ante a possibilidade de ocorrência de grave dano de difícil reparação à recorrente (com base no art. 527, inciso III, do Código de Processo Civil), acolho o pedido recursal, para reformar a decisão interlocutória impugnada, tornando definitiva a antecipação de tutela recursal concedida a agravante, suspendendo a exigibilidade do crédito fiscal, nos termos do art. 151, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Isso posto, voto no sentido do **provimento** deste agravo de instrumento e torno definitiva a liminar deferida a fl. 152/154.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2061184-69.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO HOSPITAL DAS CLÍNICAS – ASHC, é agravado UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), BURZA NETO e VENICIO SALLES.

São Paulo, 12 de março de 2014.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – A problemática da liminar em esbulho ou turbação de menos de ano e dia, tal como prevista pelo artigo 924 do Código de Processo Civil, não se aplica aos bens públicos sobre os quais não recaiam relações de direito público ou privado geradoras de direito a particulares – Mesmo se admitida a hipótese de ação de força velha, também seria possível a concessão de tutela antecipada, desde que demonstrados os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil – Ausência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – Inexistência de prejuízo à Universidade de São Paulo se tiver de aguardar o deslinde do feito, mormente porque não há demonstração de urgência na medida – Ocupação antiga e demora na propositura da demanda – Medida de caráter irreversível – Aplicação do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil – Reforma da decisão interlocutória – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória de fls. 44/45 que, nos autos da ação de reintegração de posse, deferiu o pedido liminar, a fim de se expedir mandado de reintegração provisória na posse de imóvel que deve ser entregue à autora totalmente evacuado de coisas pertencentes à ré.

Sustenta a agravante que se trata de contrato de comodato prorrogado por mais vinte anos. O negócio jurídico originário data de mais de meio século. O provimento antecipado pode ser irreversível. Se tiver de desocupar o imóvel, não terá condições de prosseguir em sua finalidade estatutária, porquanto não possui outro imóvel, nem tem condições de arcar com o aluguel de prédio na

região. Somente o terreno pertence à universidade. A construção, de 700m², foi erigida com as contribuições dos associados. Como não se trata de posse nova, não pode ser concedida a medida liminar sem a designação de audiência de justificação prévia. Os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil devem estar presentes para a concessão liminar da reintegração de posse, o que não ocorre na hipótese dos autos, mormente a urgência da medida. Houve renovação do comodato em 1990, por mais vinte anos, prazo vencido em 2010. Desde então, busca, administrativamente, nova renovação do contrato, mas não tem logrado êxito. Ao que tudo indica, esse embaraço visa à inviabilização de sua atividade associativa. Como é a proprietária do prédio, não pode ser olvidado o direito de retenção por benfeitorias. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como a reforma da decisão interlocutória hostilizada, a fim de se cassar a medida liminar deferida na ação de reintegração de posse promovida pela universidade (fls. 01/22).

Houve a concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 89/90).

Com apresentação de contraminuta (fls. 99/101), pelo desprovimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Insurge-se a agravante em face do deferimento do pedido liminar, consistente na imediata reintegração de posse.

Com efeito, no que tange a bens públicos sobre os quais não recaiam relações de direito público ou privado geradoras de direito a particulares, não incide a problemática da liminar a esbulho ou turbação de menos de ano e dia, tal como prevista pelo artigo 924 do Código de Processo Civil. Neste caso, quem detém o bem não é possuidor, mas mero detentor.

Ainda que não fosse esse o entendimento e, portanto, que se admitisse que a ação fosse de força velha, porquanto eventualmente intentada após ano e dia do esbulho, também seria possível a concessão de tutela antecipatória, nos moldes como pretendidos pela Universidade de São Paulo.

É certo, outrossim, que a demandante de ação de reintegração de posse deve demonstrar os requisitos previstos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão de almejado provimento.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, no comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil, explicam:

> "**4. Posse velha. Tutela antecipatória.** Caso o esbulho ou turbação tenha ocorrido há mais de ano e dia, não cabe ação possessória pelo procedimento especial. É admissível, contudo, ação possessória pelo rito comum (ordinário ou sumário). Nessa, poderá o autor pedir a tutela antecipatória de mérito (CPC 273), com os mesmos efeitos da liminar possessória da ação de rito especial. Contudo, para obtê-la, terá de

Acesso ao Sumário

comprovar não apenas sua posse, a turbação ou esbulho, mas também os requisitos do CPC 273" (*in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 11.ª edição revista, ampliada e atualizada até 17.2.2010. São Paulo, RT, 2010, p. 1.224).

Na hipótese dos autos, em virtude da impossibilidade de se adquirir a posse de bem público, vislumbra-se a existência da prova inequívoca a fundamentar a verossimilhança da alegação da agravada (artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil). Contudo, isso não ocorre com o outro requisito essencial para a concessão da medida, a saber, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do citado dispositivo).

Mostra-se evidente que a demora na fruição do direito alegado não acarretará qualquer prejuízo à Universidade de São Paulo, mormente porque a associação já ocupa a área requisitada há mais de cinquenta anos, como ela própria admite em sua petição inicial (fls. 48). Quando o imóvel lhe foi cedido pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a associação já estava lá instalada. Após adquirir a titularidade do bem, renovou o contrato de comodato, de 1990 a 2010. Mesmo após o exaurimento do negócio jurídico entabulado entre as partes, a agravada permitiu a presença da agravante em seu imóvel por mais três anos.

Diante desses fatos, não se vislumbra a urgência da medida ou o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para a proprietária do bem se tiver de aguardar o julgamento do mérito.

Em suma, não se entrevê situação que justifique a concessão da tutela de urgência sem o exercício do direito de defesa e do contraditório.

Por outro lado, a imediata reintegração na posse assumiria caráter irreversível, o que estaria em dissonância com o disposto no § 2.º do artigo 273 do Código de Processo Civil (Não se concederá tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado).

Sobre a questão em debate, esta Corte de Justiça já se pronunciou:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Pedido de antecipação de tutela. Indeferimento. Causa complexa e contestações já apresentadas. Caracterizada a hipótese contida no § 2.º do artigo 273 do CPC, que veda a antecipação da tutela caso haja o risco da irreversibilidade da medida concedida, esta não poderá ser deferida. Recurso improvido. (Agravo de instrumento n.º 968.845.5/3-00 – Jacareí – 9.ª Câmara de Direito Público – Relator: Antonio Rulli – j. 04.11.2009);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Embargos de Terceiro – Pleito de permanência em imóvel, objeto de ação de reintegração de posse, com trânsito em julgado – Decisão que indeferiu a tutela antecipada. O consentimento ou não da medida decorre da livre convicção e prudente

arbítrio do julgador. Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de instrumento n.º 932.446.5/4-00 – São José do Rio Preto – 13.ª Câmara de Direito Público – Relator: Peiretti de Godoy – j. 12.08.2009);

Ação de reintegração de posse c.c. demolitória e indenizatória. Alegação de esbulho possessório de área pública de preservação permanente. Liminar negada. Agravo de instrumento. Prova de ocupação autorizada com prazo findo sem demonstração de notificação pessoal para desocupação. Falta de comprovação de risco de dano irreparável e imediato. Agravo de instrumento não provido. (Agravo de instrumento n.º 936.004.5/7-00 – Cardoso – Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez – j. 30.07.2009).

Por conseguinte, a reforma do *decisum* impugnado é medida que se impõe, a fim de que o pedido liminar seja indeferido e, com isso, a postulada reintegração de posse somente ocorra na hipótese de acolhimento do pedido inicial.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0159556-34.2006.8.26.0000, da Comarca de Itápolis, em que é apelante TIM CELULAR S/A, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ITÁPOLIS e CONDOMÍNIO RAPHAEL E EMÍLIA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 26 de novembro de 2013.

CASTILHO BARBOSA, Relator

Ementa: Apelação Cível - Ação Cominatória - Sistema Transmissor de Telefonia Celular - Locação

Acesso ao Sumário

de área em condomínio - Abstenção da prática da atividade - Lesividade - Atendimento da Lei Municipal nº 2.110/2003 - Ação julgada procedente - Inconformismo - Inadmissibilidade - Entendimento jurisprudencial sobre a questão - A Administração Municipal tem o dever de verificar o preenchimento dos requisitos legais e pode indeferir outorga sem que isso se caracterize inconstitucionalidade de tal medida - A Lei Municipal nº 2.110/2003 de Itápolis subordina os regulamentos e controle das instalações de Estações de Rádio Base, interesse local, sem eiva de inconstitucionalidade, pois promove o ordenamento territorial, planeja e controla o uso e a ocupação do solo urbano nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII da Constituição Federal - Recurso improvido.

VOTO

Recorre a ré (TIM Celular S/A.) por inconformismo com a procedência da Ação Cominatória proposta e cuja r. sentença concluiu pela abstenção da prática de atividade (funcionamento de sistema transmissor) no espaço locado pelo Condomínio Raphael & Emília em conformidade com o art. 16, par. 1º da Lei nº 2.110/2003, com lacração dos equipamentos por técnicos especializados, sob pena de pagamento de multa diária equivalente a R$ 10.0000,00 (dez mil reais); extinguindo o feito em relação ao Condomínio Raphael & Emília, sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VI do C.P.C.).

Recurso regularmente processado e contrariado, preparo em ordem.

É o relatório.

O objeto da presente ação seria a suspensão das atividades da Empresa TIM Celular S/A. (Sistema Transmissor de Telefonia Celular), no espaço físico locado pelo Condomínio Raphael & Emília, em atendimento ao disposto na Lei nº 2.110/03, sob pena de pagamento de multa diária.

Acesso ao Sumário

É que a atividade desenvolvida pela Empresa TIM S/A. seria clandestina e necessitaria de autorização escrita de 2/3 dos proprietários dos imóveis num raio de duzentos metros a partir da projeção ortogonal do ponto de emissão de radiação (art. 10, *caput,* da Lei nº 2.110/03).

Ademais, seria legítima a restrição imposta pela legislação municipal, no sentido da possibilidade de existência de danos à saúde da população (emissão de radiação) e violação do direito de propriedade dos moradores vizinhos.

A procedência da ação (fls. 177 e seguintes) se deu no pressuposto de que estaria caracterizada pelo contexto dos autos a ilegalidade da conduta da

Empresa TIM S/A no tocante à autorização de suas atividades em cumprimento ao comando da Lei Municipal nº 2.110/03, culminando com a aplicação de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Daí o apelo da Tim Celular S/A requerendo a reforma do julgado e sustentando basicamente que a estação rádio base atenderia todos os requisitos estabelecidos pela legislação federal, sendo que a Lei Municipal nº 2.110/03 estabeleceria obrigação impossível de ser cumprida, bem como exorbitaria do seu poder de fiscalização sobre a propriedade privada, sendo, portanto, inconstitucional. Alega, ainda, que a radiação não-ionizante emitida é absolutamente segura e inofensiva, não caracterizando atividade prejudicial à saúde pública.

Sem razão, contudo.

A ilustre Juíza singular, Dra. Ana Cláudia Habice Kock, examinou os temas jurídicos em discussão, dando à espécie solução justa e adequada, de maneira que as suas conclusões jurídicas ficam mantidas por esse Egrégio Tribunal, inclusive fazendo parte deste ato decisório, para todos os fins e efeitos de direito (consoante art. 252 do Regimento Interno desta Eg. Corte de Justiça).

Aliás, eis o entendimento desta Eg. Corte em caso análogo, inclusive entre as mesmas partes, assim:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Instalação de antena de telecomunicações - Telefonia celular - Municipalidade que indeferiu a concessão de alvará fundamentada em lei local - Inconstitucionalidade do ato - Inadmissibilidade - Incabível o mandado de segurança para atacar lei em tese ou suscitar provimento de efeito normativo (Súmula n° 266 do STF) - A concessão de alvará é ato vinculado e a Administração Municipal tem o dever de verificar o preenchimento dos requisitos legais. Recurso improvido".

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por TIM Celular S.A. contra ato do Prefeito Municipal de Itápolis Sr. Major Aviador Moacyr Zitelli, alegando haver celebrado contrato de locação de parcela de topo do edifício Condomínio Edifício Raphael e Emília, em Itápolis, para ali instalar uma antena de telecomunicações.

Afirma que procedeu à instalação da referida antena e reconheceu haver sido notificada para providenciar pedido de alvará de aprovação, nos termos do artigo 16 da Lei Municipal n° 2.110/2003. Foi notificada para o desligamento da antena de comunicações. Alega omissão da Municipalidade que não se pronunciou sobre o pedido.

Requereu a concessão da ordem para que seja suspensa a ordem de desligamento e que o alvará de construção requerido em processo administrativo seja definitivamente emitido.

Sobreveio sentença denegatória da segurança (fls. 147/149).

Acesso ao Sumário

Recorreu a impetrante buscando a inversão do julgado.

Recurso bem processado.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Insurge-se a impetrante quanto à negativa de concessão de alvará para a construção de sua rede de telecomunicações no Município de Itápolis, alegando que a lei utilizada pela Prefeitura para tanto (Lei n° 2110/03 - art. 10) é inconstitucional.

Apesar do esforço dos advogados da impetrante, as razões recursais não se prestam a abalar a sentença.

A pretensão da apelante é de instalação de antena de telecomunicações na cobertura do Condomínio Edifício Raphael e Emília, localizado na Rua Odilon Negrão, 349 Riachuelo, 995, na cidade de Itápolis, neste Estado. Nos termos do art. 10, da Lei Municipal n° 2.110/03, a instalação de sistemas transmissores de telecomunicações dependerá da anuência por escrito de 2/3 dos proprietários dos imóveis num raio de 200 metros a partir da projeção ortogonal do ponto de emissão de radiação (fls. 82).

Não se verifica inconstitucionalidade na legislação local e se houvesse eventual afronta à Constituição Federal tal questão não poderia ser aduzida em ação mandamental, considerando que restrita a sua abrangência.

Ademais, "não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF).

Por outro lado, embora a concessão de alvará para construir seja ato vinculado, o certo é que a Administração Municipal tem o dever de verificar o preenchimento dos requisitos legais e pode indeferir outorga, sem que isto venha a ferir o direito líquido e certo da impetrante.

É, pois, de ser a r. sentença apelada integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, ora adotados como razão de decidir.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso."(Apelação Cível nº 537.002-5/9-00, Relator Des. Walter Swensson, 7ª Câmara de Direito Público).

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO - Telefonia Celular - Estação de retransmissão de sinais - Instalação sem prévio alvará - Inobservância das posturas municipais de São Caetano do Sul, especialmente, Lei Municipal nº 3.998/2001 - Usurpação de competência da União - Inocorrência - Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, da CF/88), o que não conflita com a competência do Município para legislar sobre os assuntos de interesse local, promover o ordenamento territorial, planejar e controlar o uso e a ocupação do solo urbano, nos termos do art. 30, incisos I, II e

Acesso ao Sumário

VIII, da Constituição Federal - Sentença de procedência reformada - Recurso provido. A Lei Municipal nº 3.998/2001 de São Caetano do Sul subordina os regulamentos e controle das instalações de Estações de Rádio Base, interesse local, sem eiva de inconstitucionalidade, pois promove o ordenamento territorial, planeja e controla o uso e a ocupação do solo urbano, nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal." (Apelação Cível nº 0002421-97-2012.8.26.0565, 11ª âmara de Direito Público, Relator Des. Luis Ganzerla).

Ademais, o Município é ente competente para editar leis que imponham limitações administrativas ao direito de construir em face da existência política de desenvolvimento urbano a ser executada em seu território. Destarte, insere-se no âmbito da competência legislativa municipal a adequação de seu ordenamento territorial, mediante o planejamento e o controle do uso e ocupação do solo (art. 30, incisos I, II e VIII da Constituição Federal).

Diante desse quadro, só resta o improvimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9163525-30.2008.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante JOSÉ CARLOS DE SOUZA, são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e MARCELO CARNEIRO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator Sorteado, que o provia parcialmente. Acórdão com o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.409/13.)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUI STOCO, vencedor, LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, vencido, OSVALDO MAGALHÃES (Presidente).

São Paulo, 2 de dezembro de 2013.

RUI STOCO, Relator Designado

Ementa: Responsabilidade Civil. Ação proposta por única pessoa. Manifestação de trabalhadores defronte ao portão de entrada de uma fábrica. Alegação do autor e manifestante de ter sofrido ferimentos. Afirmação de intervenção policial ilegítima. Pretensão

de condenação do Poder Público estadual a compor dano moral. Inadmissibilidade. Intervenção legítima da autoridade policial diante das circunstâncias. Segurança pública que exsurge como dever do Estado. Ausência, ademais, de prova de que a agressão tenha partido de agente público. - "Não obstante o direito de reunião esteja consagrado na Carta Magna como direito fundamental e irretirável (art. 5º, inc. XVI), na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. XX) e no Pacto de San José da Costa Rica (art. 15), impõe-se reafirmar a inexistência de direitos absolutos e ilimitados ou hierarquia entre princípios, impondo-se a precedência relativa de um sobre o outro, à luz do caso concreto, posto que o abuso do direito de reunir ou de manifestar tem o poder de tornar ilegítima a ação da pessoa ou grupo de pessoas originalmente lícita e permitida".

VOTO

VISTOS,

Cuidam os autos de ação de reparação de dano moral proposta por **JOSÉ CARLOS DE SOUZA** contra **A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e **MARCELO CARNEIRO**.

Segundo consta, o autor ingressou com a presente ação, alegando sua condição de Presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários e Anexos do Vale do Paraíba.

Asseverou que em 14 de fevereiro de 2003, no exercício de suas atribuições legais e estatutárias, compareceu a uma Assembleia reivindicatória, na entrada da empresa Cervejaria Kaiser.

Afirmou que tudo transcorria de forma ordeira e pacífica, quando chegou ao local uma tropa da Policia Militar, fortemente armada, tendo avançado sobre os trabalhadores e sindicalistas, aplicando golpes de cassetete de madeira, com a finalidade de dissolver a Assembleia dos trabalhadores.

Acrescentou ter sido um dos primeiros a ser agredido na região frontal do crânio e tórax, causando-lhe lesões corporais e fratura do 7º arco costal lateral, culminando com o seu afastamento do trabalho para tratamento, por vinte dias.

Aduziu ter sido agredido pelo Soldado da Polícia Militar, Marcelo Carneiro, o qual foi posteriormente identificado pela própria Policia Militar.

Invocou o artigo 5º, inc. V, da Constituição Federal, combinado com o art.

Acesso ao Sumário

186 do Código Civil e art. 513 e 524 "e" da Consolidação das Leis do Trabalho, para sustentar o direito à reparação pelo dano moral expiado, no importe de 100 (cem) salários mínimos.

A r. sentença (fls. 536-541) julgou improcedente o pedido. O autor, inconformado, apelou (fls. 556-571).

Postulou, preliminarmente, a nulidade da sentença de origem por cerceamento de defesa, decorrente da ausência de apreciação das alegações finais apresentadas.

No mérito, repisou os argumentos da inicial e pugnou pela reforma do julgado.

Anota-se que o recurso é tempestivo, foi recebido, processado e contrariado (fls. 574-576 e 578-582).

É o relatório.

II - Afasta-se desde logo a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Como não se desconhece a nulidade ou anulação só se justifica quando comprovado efetivo prejuízo.

Portanto, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nulité sans grief*) e este não ficou devidamente demonstrado.

Cabe esclarecer que o ilustre e culto Relator Sorteado, Des. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, reformou a r. sentença de improcedência da ação, dando parcial provimento ao recurso do autor para admitir a compensação por dano moral.

Todavia, não obstante a excelência do voto e dos fundamentos invocados pelo ilustre e culto Relator sorteado, que honra a Magistratura Paulista, tomou-se a liberdade de divergir, pois, segundo entendimento deste Relator designado, a sentença de improcedência deve ser mantida, pelos fundamentos que seguem.

III - Com a devida vênia e por primeiro, convém obtemperar que os elementos de prova amealhados nos autos não ostentam força suficiente para conduzir à procedência da pretensão posta na petição inicial.

Ademais, não obstante seja o direito de reunião consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos; no Pacto de San José da Costa Rica e também concebido como direito fundamental e inerente ao regime democrático, impõe-se aqui reafirmar uma obviedade ao espírito gregário: não existem direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais.

Cabe invocar escólio de PEDRO BAPTISTA MARTINS que, referindo-se à relatividade dos direitos, chega ao ponto de dispensar as seguintes palavras:

> **O domínio onde se exerce a ação repressora do abuso do direito coincide, em toda a sua extensão, com o dos direitos subjetivos. Em**

Acesso ao Sumário

toda a parte onde se manifeste um direito, manifesta-se também a possibilidade de repressão dos abusos a que possa dar lugar o seu exercício. E esse domínio é tão vasto que abrange o próprio direito ao silêncio, que não é, ao contrário do que possa parecer, ilimitado e absoluto (*O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 156).

O jurista EVERARDO DA CUNHA LUNA assim se manifestou acerca da relatividade dos direitos subjetivos:

Fundamental caráter do direito subjetivo é a sua relatividade. O direito objetivo é limitado, mas absoluto. Os direitos subjetivos são relativos, isto é, limitam-se de conformidade com os fins a que se destinam as normas jurídicas. (*Abuso do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 21).

Como obtemperou LORENA DUARTE SANTOS LOPES:

Uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado. (*Colisão dos direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*. In: âmbito-jurídico.com.br).

GEORGE MARMELSTEIN afirma que o Supremo Tribunal Federal, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (*Curso de Direitos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 368).

E vai mais longe o autor citado ao advertir o que segue:

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão. (ob. cit., p. 365).

Para ALEXANDRE DE MORAIS "Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)" (*Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 61).

Por fim, a advertência de LUÍS ROBERTO BARROSO, jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal: "Não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada

Acesso ao Sumário

à luz do caso concreto" (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329).

IV - E à vista dessa advertência e analisando as *quaestionis facti*, diante dos depoimentos de Antonio Marcos Cabral da Silva (fls. 475/476), Edson Almeida (fls. 503/507), Wilker dos Santos Lopes (fls. 508/513) e Geraldo Vicente Alves Filho (fls. 514/516), aliado às fotografias de fls. 374/439, a realidade fática que emerge dos autos - na visão deste Relator designado - não é a mesma daquela vislumbrada pelo culto Relator sorteado.

No caso dos autos, os manifestantes se postaram defronte ao portão de entrada do estabelecimento (fábrica), incorrendo em conduta ilícita nos termos do § 3º, do art. 6º, da Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989.

Isto porque as manifestações não poderão impedir o acesso ao trabalho, vedação esta que existe a par da referente ao da ameaça e do dano à propriedade.

Evidenciado abuso no direito de reunião, justifica-se a intervenção da autoridade policial para o fim de pacificação e proteção de outras pessoas diversas dos manifestantes.

Portanto, segundo nossa visão e interpretação dos fatos, a ação policial afigura-se-nos legítima nas circunstâncias.

Exigir da polícia postura apática e inerte diante de tumulto, de ação ilegítima, é negar outro direito fundamental: o direito à segurança e à incolumidade física e o sagrado direito de ir e vir.

Afinal, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (CF/88, art. 144, *caput*).

E o direito de um não pode ofender ou confrontar o direito de outros, posto que - assim ocorrendo - a ação torna-se ilegítima não na origem (antecedente), mas quando abusiva (consequente).

No caso em tela, a ordem pública restou comprometida no momento em que os manifestantes incorreram em abuso do direito de reunião.

Daí o dever - e não apenas poder - de agir dos policiais militares, aos quais incumbe a polícia ostensiva e preservação da ordem pública (CF/88, art. 144, § 5º).

Calha trazer à colação advertência e ensinamento de YUSSEF CAHALI quando assim se expressa:

> **Em matéria de danos causados a particulares em razão de movimentos hostis de aglomerados humanos, quando a massa enfurecida exterioriza a sua revolta através de atos de depredação à propriedade privada, a responsabilidade civil do Estado não emerge necessariamente da concepção absoluta do risco integral;**

Acesso ao Sumário

aqui, mais do que em qualquer outro plano do direito, verifica-se que o reconhecimento daquela responsabilidade não se basta com a ineficácia genérica do aparelhamento estatal de polícia preventiva, encarregado da manutenção da ordem e da segurança do cidadão. Com efeito, ainda que colocada a questão em termos de mera causalidade material entre o ato danoso e a ação (ou omissão) do Estado da teoria da responsabilidade objetiva, em casos tais, não se prescinde da perquirição da presumida falha da polícia preventiva (responsabilidade objetiva por culpa presumida) na situação concreta, de modo a só deduzir aquela responsabilidade se o Estado deveria ou poderia prevenir os efeitos danosos do movimento multitudinário (*Responsabilidade Civil do Estado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 167-168).

Aliás, desde há muito, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que "sem prova da culpa não responde o Estado por prejuízos causados por levantes populares" (STF - RDA 2/603).

Portanto, os danos causados por movimentos multitudinários só empenham obrigação de o Estado indenizar quando tenha ocorrido omissão, falta ou falha do serviço, mesmo que anônima; quando a autoridade devia e podia atuar e não o fez; quando se exigia um *facere* e se teve apenas a negligência omissiva, e, ainda, quando deveria agir, mas o fez atabalhoadamente, causando gravame a terceiros inocentes.

Impõe-se reiterar que o colendo STF, mais de uma vez, decidiu que, "tratando-se de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo" (STF, Rel. Marco Aurélio, RTJ 164/309, e Rel. Carlos Velloso, DJU 27.02.98, p. 18).

Em voto lapidar proferido nesse Colendo Sodalício, o Ministro Sepúlveda Pertence professorou quanto segue:

"Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão. Sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a tese, herdada e desenvolvida por Celso Antônio, tem colhido adesões de tomo (Maria Sylvia Z. Di Pietro, Sérgio de Andréa Ferreira, Odília da Luz Oliveira, Sergio Cavalieri Filho, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco).

Ora, "partindo-se dessa visão, parece-nos claro que a fonte de regência da hipótese, que se deu por concretizada na espécie, não é o art. 37, § 6º da Constituição Federal - que diz com a responsabilidade objetiva do Estado, à qual basta a relação de causalidade entre a ação do agente público e o dano -, mas,

Acesso ao Sumário

sim, as normas ordinárias da responsabilidade subjetiva, a começar do art. 15 do Código Civil (atual art. 43)" (parte do voto proferido no RE 283.989-2 - j. 28.05.2002 RT - 804/166).

Dessa visão subjetivista se aproxima acórdão tendo como relator o Ministro Moreira Alves, no RE 85.079 (RTJ 87/944).

Colhe-se ainda importante julgado da Suprema Corte:

> **Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute du service*" (STF - 2ª T. - RE 179.147-1 - Rel. Carlos Velloso - j. 12.12.97 - DJU 27.02.98, p. 18).**

V - Também não se pode concordar com a afirmação do ilustre Relator sorteado, no sentido de que a Polícia apenas intervém em crimes.

Não é o que deflui do texto constitucional, nem se traduz em exegese racional.

Ora, ordem pública é termo muito mais abrangente.

É consenso, pois, que a ordem pública se materializa pelo convívio social pacífico e harmônico, pautado pelo interesse público, pela estabilidade das instituições e pela observância dos direitos individuais e coletivos (FLÁVIO KNABBEN. *Poder de polícia: uma análise sobre fiscalização de alvarás em estabelecimentos de jogos e diversões públicas*. Florianópolis: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2006).

Para DE PLÁCIDO E SILVA "ordem pública" é a "situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto" (*Vocabulário Jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 987 atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes).

Quisera o constituinte restringir o espectro de atuação da Polícia Militar e teria utilizado a expressão "prática de infração penal".

Some-se a isso que policiais inserem-se no conceito amplo de "servidor".

Seus atos, tal como os de qualquer outro integrante do quadro funcional público e nos quais se insere a adoção de medidas destinadas à manutenção da paz e da ordem pública, revestem-se de presunção de legitimidade.

Presunção esta, no caso dos autos, não elidida pelo autor.

De qualquer forma, como se sabe, a responsabilidade objetiva do Estado

Acesso ao Sumário

- caso cogitada - não prescinde da demonstração de nexo etiológico entre uma ação ou omissão estatal e o dano expiado pelo cidadão.

No caso em tela, nada indica ter sido o autor agredido por algum dos policiais.

Não fora esse aspecto, impõe-se ressaltar que prova não há nos autos de que o detrimento que o autor alega ter suportado decorreu da omissão estatal.

Impõe-se ainda obtemperar que não se comprovou, como era de rigor, que a agressão tenha partido de um agente público; tampouco que o objeto utilizado tenha sido um cassetete.

Veja-se que, com relação a esse último aspecto, o laudo de fls. 17 é imprestável à extração de qualquer conclusão a respeito.

Lesão corto-contusa pode ser produzida por qualquer objeto corto-contundente, do qual são exemplos: enxada, foice, cutelo, machado.

Por seu turno, agente contuso pode ser qualquer pedra, martelo, tijolo etc.

Enfim, o laudo é simplesmente inconclusivo.

VI - Em suma, por todos os lados ou por qualquer ângulo que se analise a questão, ressuma claro e palmar que a improcedência da ação era mesmo medida que se impunha, fim para o qual, fica mantida a r. sentença recorrida. Manutenção esta que também abrange a imposição das sanções cominadas à litigância de má-fé, tendo em vista a manipulação dos fatos envidada pelo autor, bem como o caráter leviano que a pretensão assume.

VII - Essas as razões pelas quais, pedindo licença ao nobre e culto Relator sorteado, negam provimento ao recurso, mantendo a r. sentença do juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042550-65.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CHEFE DO POSTO FISCAL AVANÇADO 10 DA SECRETARÍA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados GABRIEL SOUZA VASCONCELOS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e WAGNER VASCONCELOS OLIVEIRA (E POR SEUS FILHOS).

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2014.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Sentença concessiva de ordem para garantir a isenção do IPVA e ICMS de veículo a ser adquirido pelos pais de menor portador de deficiência motora severa - Veículo destinado ao auxílio da família e, especialmente, à condução da criança para os tratamentos médicos e de fisioterapia - Manutenção da segurança em face do direito especial de tutela constitucional e programático a orientar a edição e interpretação de normas infraconstitucionais e administrativas. Precedentes do E. STJ e deste E. TJSP. Recurso da Fazenda e reexame necessário não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra sentença concessiva de mandado de segurança de fls. 107/108, que garantiu à menor portador de deficiência física (Aciduria Glutarica Tipo I e Hipotonia Axial e Distonia Segmentar), o direito de isenção do IPVA e ICMS para aquisição de veículo automotor a ser utilizado em seu benefício por seus genitores.

Inconformada, apela a Fazenda do Estado (fls.113/142). Preliminarmente, alega a inadequação no manejo da ação mandamental e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, postula a denegação da ordem, afirmando que a legislação de regência apenas isenta o portador de deficiência que seja capaz de conduzir seu veículo e que, ademais, tenha sido adaptado às suas necessidades. Afirma ser descabida a interpretação extensiva da lei tributária (CTN art. 111, II), bem como haver quebra de isonomia.

O recurso é tempestivo e se apresenta formalmente em ordem.

Contrarrazões às fls. 176/183 pela manutenção do julgado.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça oficiante nesta instância pelo provimento do recurso da FESP e denegação da ordem (fls. 194/202).

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório do necessário.

Acesso ao Sumário

Voto.

Dou por feito o reexame necessário, a teor das disposições contidas no artigo 475 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, afasto as **preliminares** de inadequação e impossibilidade jurídica do pedido arguidas pela FESP.

Não há qualquer vício capaz de macular a ação mandamental, já que foi bem proposta. O direito líquido e certo autorizativo do manejo dessa ação especial decorre da proteção constitucional deferida aos portadores de deficiência, bem como dos precedentes jurisprudenciais desta Corte e também dos Tribunais Superiores acerca do tema.

Além disso, a prova pré-constituída da deficiência que acomete o interessado na isenção vem bem demonstrada nos autos, com relatório médico sobre a incapacidade permanente do menor, sua limitação motora, de locomoção, fazendo uso de gastrostomia, enfim, apontando para grave deficiência incapacitante do menor, que conta com, aproximadamente, 03 anos de idade.

Ademais, o pedido deduzido é certo, bem delimitado e, como já dito, se mostra possível quando se faz uma interpretação integrativa do sistema jurídico constitucional, infraconstitucional e administrativo.

No mérito, a irresignação fazendária também não subsiste.

A Constituição da República tece um sistema de tutela especial da pessoa portadora de deficiência física, abrangendo matéria salarial, previdenciária, de acessibilidade, concursos públicos, prioridade de atendimento, tratamento fiscal etc.

O ordenamento infraconstitucional e, com muito mais razão as regras administrativas, devem respeitar as normas constitucionais e ser construído e interpretado de forma compatível com a Constituição da República, no sentido de afirmar, descabendo sua negação ou esvaziamento a pretexto de falta de cumprimento de exigências marotas e subalternas.

Nesse contexto é que vieram várias leis federais e, em especial, a Lei 7.853/1989, que visa garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade, cabendo ao Poder Público e seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Por isso, fere a lógica do razoável o argumento da Fazenda do Estado em

Acesso ao Sumário

deferir a isenção, seja do ICMS ou IPVA, ao portador de deficiência condutor de veículo adaptado e de negar o benefício quando este é incapaz ou não-condutor, negando-lhe o direito subjetivo de propriedade de veículo não-adaptado para que outra pessoa capaz e habilitada faça-lhe o transporte!

Nesse sentido da concessão de benefício fiscal com exegese constitucional pelo E. STJ:

REsp 523971 / MG, 2003/0008527-7, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, STJ T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 26/10/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 28/03/2005 p. 239, RSTJ vol. 190 p. 235

Ementa:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA - ISENÇÃO - EXEGESE DO ARTIGO 1º, IV, DA LEI N. 8.989/95.

A redação original do artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95 estabelecia que estariam isentos do pagamento do IPI na aquisição de carros de passeio as "pessoas, que, em razão de serem portadoras de deficiência, não podem dirigir automóveis comuns".

Com base nesse dispositivo, ao argumento de que deve ser feita a interpretação literal da lei tributária, conforme prevê o artigo 111 do CTN, não se conforma a Fazenda Nacional com a concessão do benefício ao recorrido, portador de atrofia muscular progressiva com diminuição acentuada de força nos membros inferiores e superiores, o que lhe torna incapacitado para a condução de veículo comum ou adaptado.

A peculiaridade de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável ao gozo da isenção preconizada pela Lei n. n. 8.989/95, e, logicamente, não foi o intuito da lei. É de elementar inferência que a aprovação do mencionado ato normativo visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção.

A fim de sanar qualquer dúvida quanto à feição humanitária do favor fiscal, foi editada a Lei nº 10.690, de 10 de junho de 2003, que deu nova redação ao artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95: "ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional" (...) "adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal".

Recurso especial improvido.

Acesso ao Sumário

Nesse mesmo sentido esta C. 5ª. Câmara:

0047248-51.2010.8.26.0053 Apelação

Relator(a): Franco Cocuzza

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/08/2012

Data de registro: 15/08/2012

Outros números: 472485120108260053

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - PEDIDO DE ISENÇÃO DE IPVA DE AUTOMÓVEL - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA - PESSOA PORTADORA DE TETRAPLEGIA (TRAUMATISMO RAQUI-MEDULAR) - VEÍCULO CONDUZIDO POR TERCEIRA PESSOA, EM BENEFÍCIO DO DEFICIENTE - POSSIBILIDADE - O ARTIGO 111, II, DO CTN NÃO PODE SER INTERPRETADO DE FORMA LITERAL, MAS DE MANEIRA LÓGICO-SISTEMÁTICA EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, NÃO SE LIMITANDO O BENEFÍCIO FISCAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA - RECURSO DESPROVIDO.

0013934-25.2009.8.26.0482 Apelação / Reexame Necessário

Relator(a): Nogueira Diefenthaler

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 23/05/2011

Data de registro: 05/07/2011

Outros números: 990100103350

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - ISENÇÃO - PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA - TERCEIRO CONDUTOR - CABIMENTO. A isenção de ICMS na aquisição de veículo automotor à pessoa com deficiência deve abranger inclusive aqueles que demandam terceiro como condutor. Exegese que privilegia a inclusão da pessoa com deficiência. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

No entender da Fazenda Estadual, a isenção dos tributos de ICMS e IPVA só está autorizada quando o adquirente é simultaneamente condutor do veículo e este for necessariamente adaptado ao déficit físico do seu comprador, afastando a *benesse* quando o interessado é incapacitado completamente para a sua condução ou mesmo inabilitado.

Ocorre que a força argumentativa do FISCO Paulista e que reside na literalidade das leis que estabeleceram mencionado benefício, não prevalece

quando avaliada frente à proteção constitucional especial concedida aos deficientes por nossa Carta Política.

Assim, ainda que o instituto da isenção tributária represente forma de exclusão do crédito tributário, sendo de rigor sua expressa previsão em lei que não comportará qualquer interpretação ampliativa, entendo que, **para estes casos**, deve ser privilegiada a isonomia tributária (tratando-se os deficientes de modo igualitário), bem como a proteção integral à dignidade humana, princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Se assim não fosse, sem razão a proteção especial aos deficientes, vez que aquele acometido por moléstia de menor extensão ou complexidade teria mais vantagens e benefícios do que outros, absolutamente incapacitados e dependentes do auxílio de terceiros.

Portanto, a *ratio legis* do benefício fiscal possui contornos humanitários e foi destinado a facilitar a locomoção da pessoa portadora de deficiência física, dependente, quase sempre, de submissão a inúmeros tratamentos, sem o necessário suporte do serviço público de transporte, que sabidamente é inexistente ou insuficiente às demandas locais.

Isso posto, voto para negar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da Fazenda do Estado, mantida a r. sentença em seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013297-32.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28221)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 14 de janeiro de 2014.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Direito do Consumidor - Exigência de caução para prestação de serviços hospitalares - Afronta ao

Acesso ao Sumário

art. 39, IV, do CDC - Multa fixada corretamente, com base no art. 57 do mesmo diploma legal - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de anulatória ajuizada por **Hospital e Maternidade Santa Joana** contra **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/SP**. Diz a inicial que deveria ser anulado auto de infração e multa imposto pela ré, em razão de reclamação de consumidor que teve de prestar um cheque em caução, em valor equivalente a R$ 4.500,00, pela internação de sua esposa, pois o convênio não autorizou o procedimento. Após a internação e a realização dos procedimentos necessários foi cobrado do consumidor o valor de R$ 3.057,70, dividido em dez parcelas, em boleto bancário, ocasião em que o cheque foi devolvido. Alegou que somente foi cobrada a internação da paciente em razão da recusa de autorização do plano de saúde, sendo a internação, portanto, particular. Sustentou que houve excesso de prazo para o término do processo administrativo, o que torna inaplicável a penalidade. Questionou os critérios para a aplicação da mesma, pois os serviços foram prestados e o plano não cobriu o atendimento, não podendo recair sobre o autor os custos da internação.

Citada, a requerida contestou (fls. 201), sustentando a legalidade da penalidade.

Depositado o valor integral da multa, a exigibilidade do débito foi suspensa (fls. 354).

Réplica a fls. 358.

A ação foi julgada improcedente (fls. 366) pela Juíza *Maricy Maraldi*.

Insatisfeito, apela o hospital autor, alegando que a exigência de garantia para a internação na modalidade particular não caracteriza qualquer ilegalidade ou afronta ao CDC, sendo indevida a penalidade que lhe foi imposta.

Recurso tempestivo e contrariado a fls.402.

É o relatório.

Insiste o hospital recorrente na legalidade da exigência de cheque caução para a internação e tratamento da paciente, afirmando ser indevida a aplicação da penalidade que lhe foi imposta pelo Procon, pois se tratava de internação na modalidade particular e, portanto, passível de cobrança.

Não se está a negar que o hospital possa cobrar a internação dos pacientes, após a prestação do serviço. No entanto, o que se discute é a forma como exigiu da paciente o cheque caução para realizar o tratamento e sua internação, em virtude da negativa do plano de saúde de custear as despesas.

O Procon é o órgão responsável pela fiscalização e aplicação de

Acesso ao Sumário

penalidades no âmbito das relações de consumo, de acordo com o disposto no art. 5º do Decreto nº 2.181/97 e art. 57 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo consta dos autos, o Procon foi procurado pelo consumidor que relatou que foi constrangido entregar um cheque à autora recorrente para garantir as despesas que o plano de saúde se negou a cobrir, para que sua esposa fosse internada e se submetesse a tratamento, com urgência.

Os fatos foram apurados, administrativamente, e, concluindo que houve ofensa ao Código do Consumidor, o auto de infração foi lavrado, impondo-se a penalidade ao Hospital requerido.

Como bem observou a sentença, procedimento administrativo, apurou a infração, respeitado o devido processo legal, com seus corolários da ampla defesa e do contraditório. Apesar da demora na apuração dos fatos, nenhum prejuízo sofreu o Hospital neste tocante, não havendo motivos para deslegitimar a imposição da penalidade.

Evidentemente, não houve qualquer arbitrariedade na aplicação da multa, pois ela decorreu de prática abusiva, seja ela, constranger consumidora a dar cheque em caução em valor superior ao valor da internação, prevalecendo-se de sua saúde e aproveitando-se de sua vulnerabilidade.

Nesse sentido, o artigo 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas:

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhes seus produtos ou serviços"

Ainda, o artigo 42 do mesmo diploma legal estabelece que:

"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça."

Não há dúvida de que o consumidor e sua esposa se viram obrigados a entregar o cheque-caução, temendo que o socorro não lhes fosse prestado pelo hospital.

Assim, mostra-se realmente ilegal a exigência do cheque como garantia pelo hospital, não se podendo acolher seu pedido de anular a penalidade imposta.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"Procon - Exigência de caução para prestação de serviços hospitalares - Afronta ao art. 39, IV do CDC - Procedimento administrativo e imposição de multa - Anulação - Descabimento - Multa fixada nos termos do art. 57 do CDC - Ação improcedente - Recurso não provido." (Apel. 842.529-5/2-00, rel. Evaristo dos Santos, j. 26.01.09)

Acesso ao Sumário

"Ação anulatória - AIIM - Procon - Serviços médicos - Exigência de cheques - Caução para garantia de prestação de serviços médicos - Prática abusiva Art. 39, IV, do CDC - Legitimidade do Procon para autuar a empresa e modular o valor da multa - Exigência de vantagem manifestamente excessiva - Resolução nº 44/03 da ANS - Multa arbitrada em valor adequado - Art. 56 e 57 do CDC - Ação improcedente - Recurso não provido." (Apel. 0168687-62.2008.8.26.0000, rel. Urbano Ruiz, j. 08.10.10)

"I - Declaratória. Anulação de multa imposta pelo Procon a Hospital por violação ao Código de Defesa do Consumidor. Inadmissibilidade.

II - Penalidade aplicada decorre do constrangimento a consumidora, prevalecendo-se de seu estado de saúde e vulnerabilidade, exigindo assinatura em nota promissória. Violação dos artigos 39, IV, e 42 do CDC.

III - Sentença de improcedência. Recurso improvido." (Apel. 0061779-03.2003.8.26.0114, rel. Guerrieri Rezende, j. 27 de junho de 2011)

No tocante ao valor da multa arbitrado, mostra-se ele de acordo com os parâmetros fixados no art. 57 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, o Procon levou em conta a gravidade da infração e a condição econômica do hospital (fornecedor do serviço), não havendo qualquer arbitrariedade na fixação do montante, nem tampouco violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois o *quantum* é compatível com o porte econômico do hospital e tem como fim evitar novas práticas abusivas por parte da apelante, educando-a no sentido de respeitar as normas protetivas do consumidor.

Mantém-se, pois, a decisão de primeiro grau em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036699-11.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RESTSANTANA COMÉRCIO VAREJISTA DE ALIMENTOS LTDA., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 3411)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2014.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Ação anulatória - Auto de Infração - Programa Nota Fiscal Paulista - Multa por descumprimento à obrigação de efetuar o registro eletrônico de documentos fiscais - Competência para autuar - O PROCON/SP detém competência material e formal para aplicar a sanção descrita no artigo 7º, § 1º, item 2, da Lei Estadual nº 12.685/07, dado o caráter consumerista da norma e o poder de polícia a ele delegado pela Lei Estadual nº 9.192/95 - Infringência ao princípio do não confisco - Inocorrência - Natureza sancionatório-punitiva da multa que justifica seu valor o qual deve ser apto a desestimular a reiteração da infração administrativa - Violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Não configurada - Multa fixada de acordo com o número de vezes que a autora reiterou a sua conduta e conforme os ditames da regra legal - Redução da multa - Inadmissibilidade - Auto de infração que já observou as hipótese de redução da multa, nos termos do § 2º, do artigo 7º, da Lei Estadual nº 12.685/07 - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação que visava à anulação do auto de infração ou a redução da multa aplicada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON e que foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 167/173.

Sustenta a apelante, em síntese, que o registro eletrônico do documento fiscal na Secretaria da Fazenda é uma obrigação tributária acessória, sendo certo que a relação decorrente da outorga de crédito do Estado para o consumidor também tem natureza jurídico-tributária, de modo que falece competência material ao PROCON para autuar a recorrente, tendo em vista que a esfera de atuação da entidade abrange a defesa dos direitos dos consumidores. Alega que a ré também não possui competência formal para autuar a apelante porque a Lei

Acesso ao Sumário

Estadual nº 12.685/07 não atribuiu ao PROCON a fiscalização do cumprimento da obrigação de emissão e de registro eletrônico dos documentos fiscais pelos contribuintes, logo, o Decreto nº 53.085/08, cujo conteúdo deve ser meramente regulamentar, não poderia inovar a disposição legal, nem mesmo alterar a competência para efetuar o lançamento tributário referente ao ICMS e para lavrar as multas decorrentes do descumprimento das respectivas obrigações acessórias que, na verdade, é da Secretaria da Fazenda do Estado, nos termos do artigo 72 da Lei nº 6.374/89. Assevera, ainda, que a multa cobrada corresponde a 3.183,23% do valor total das operações, violando, portanto, os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Subsidiariamente, alega que em se tratando de infrações administrativas continuadas, a aplicação de tantas penalidades quantas sejam as violações fere o princípio do *non bis in idem*, devendo ser aplicada uma multa com aumento de um sexto a dois terços, conforme previsão contida no artigo 71 do Código Penal.

O recurso recebeu resposta, tendo a D. Procuradoria deixado de se manifestar nos autos.

É o relatório, adotado no mais, o da r. sentença.

Visa a autora à anulação do Auto de Infração nº 0001935 - Série T1, lavrado pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP, por descumprimento ao disposto no item 2, do § 1º, do artigo 7º, da Lei Estadual nº 12.685/07[1], ou seja, por não efetuar o registro das notas fiscais no sistema da Nota Fiscal Paulista

Versa o referido dispositivo legal:

"Artigo 7º. Ficará sujeito a multa no montante equivalente a 100 UFESPs - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo, por documento não emitido ou entregue, a ser aplicada na forma da legislação de proteção e defesa do consumidor, o fornecedor que deixar de emitir ou de entregar ao consumidor documento fiscal hábil, relativo ao fornecimento de mercadorias, bens ou serviços, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação.

§ 1º. Ficará sujeito à mesma penalidade, por documento, o fornecedor que violar o direito do consumidor pela prática das seguintes condutas:

(...)

2. deixar de efetuar o Registro Eletrônico do documento fiscal na forma, prazo e condições estabelecidos pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo;"

Insta notar que a apelante não nega ter cometido as infrações, porém, se insurge contra a multa lavrada contra ela em virtude de não ter a apelada competência para a autuação, bem como porque o alto valor da multa viola

Acesso ao Sumário

1 Com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.441/09.

princípios constitucionais.

Senão, vejamos:

De início, se reconhece a natureza tributária da obrigação contida na norma supratranscrita, uma vez que, evidentemente, ela se presta à fiscalização do recolhimento do ICMS. Entretanto, não se pode olvidar que tal regra também tem por finalidade resguardar o interesse do consumidor, pois, com o registro das notas fiscais surge para o adquirente da mercadoria o direito de crédito do Tesouro do Estado, bem como o de participar dos sorteios de prêmios, consoante disposto nos artigos 2º e 4º, inciso III, da Lei Estadual nº 12.685/07. Além disso, a redação do § 1º do artigo 7º da lei estadual expressamente aponta que a infração cometida pela autora acarreta violação ao direito do consumidor.

Portanto, assinalado o caráter consumerista da obrigação contida no item 2, § 1º, do artigo 7º da Lei Estadual nº 12.685/07, consequentemente, não há que se falar em incompetência material ou formal do PROCON/SP para aplicar a sanção em tela à apelante, mormente porque houve a delegação do poder de polícia à apelada, consistente em fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções, conforme se verifica da leitura do artigo 3º, inciso XI, Lei Estadual nº 9.192/95[1]. Por conseguinte, o Decreto nº 53.085/08 não inovou ao atribuir competência à Fundação-ré, pois, como se viu, esta já detinha tal prerrogativa.

No tocante ao valor da multa infligida à autora, não se vislumbra violação ao princípio do não confisco, tendo em vista o caráter punitivo-sancionatório, de forma que seu montante deve ser hábil a desestimular a reincidência do ato, sob pena de a sanção se mostrar inócua à sua finalidade.

Tampouco se diga que há infringência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto o montante da multa está de acordo com o número de vezes que a apelante cometeu a infração descrita no item 2, § 1º, do artigo 7º da Lei Estadual nº 12.685/07, restando seu valor fixado em observância aos ditames da referida norma.

Descabido também se mostra o pretendido abrandamento da multa administrativa com fundamento em norma que prevê a redução de pena de crime continuado. Ademais, o § 2º, do artigo 7º, da Lei Estadual nº 12.685/07 prevê as hipóteses de redução da multa em questão, regra esta que, aliás, foi observada quando da lavratura do auto de infração (fl. 40).

Diante de tais considerações, o recurso não comporta acolhida, restando mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

---

1 "*Artigo 3.º - Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:*

(...)

XI - Fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções; e"

Acesso ao Sumário

Para fins de possibilitar o acesso das partes às Instâncias Superiores, dou por prequestionadas as matérias constitucionais e legais alegadas em recurso pelas partes, nos termos das razões de decidir já externadas no voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou tidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do declinado.

Assim posta a questão, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030312-51.2012.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados FERNANDO ANTONIO MOURÃO VALEJO, VANESSA DE VICENTE CRUZ, SANDRA MARIA BRAZ SOLA, LUIS ANTONIO GILBERT PANUCCI, MARCELO GUIMARAES TIEZZI e CRISTIANO HAYOSHI CHOJI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Marcelle Lopes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - Concurso público para ingresso aos cargos iniciais vagos na carreira de Médico-Legista - Autores que foram reprovados na Prova de Aptidão Física - Pretensão para que seja declarada a nulidade do ato de reprovação, com o consequente prosseguimento no certame - Admissibilidade - Exigência de prova física que não se coaduna com a atividade médica, que depende de aptidão intelectual, não se correlacionando com a necessidade de força e de resistência física e nem mesmo de capacidade aeróbica - Ofensa ao princípio da razoabilidade - Precedentes do STF - R. sentença

Acesso ao Sumário

mantida.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela FESP contra a r. sentença de fls. 285/290, cujo relatório é adotado, que julgou procedente o pedido para o fim de declarar nula a reprovação dos Autores na prova de aptidão física do concurso em questão, tornando, por conseguinte, definitiva a liminar concedida pela decisão de fls. 102/103. Houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, corrigidos monetariamente a contar da intimação da decisão, acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar do trânsito em julgado. Sem pagamento a custas processuais.

Alega que a atividade de médico legista, mesmo que majoritariamente técnica, como policial, o que exige energia por parte do profissional diante de situações que pode se deparar, sendo constitucional e proporcional a prova de aptidão física, cuja avaliação não exige nível atlético, e sim mínimo. No mais, discorre acerca da regularidade do ato administrativo que reprovou os candidatos no certame (fls. 299/316).

Apresentadas contrarrazões a fls. 360/362.

Processado o recurso, subiram os autos.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 365/368).

É o relatório.

Trata-se de ação proposta por candidatos aos cargos iniciais vagos na carreira de Médico-Legista, reprovados na prova de aptidão física (PAF), pela qual pretendem a declaração de nulidade do ato de reprovação, com o consequente prosseguimento no concurso público.

Em que pesem os judiciosos argumentos trazidos pela Apelante, tem-se que a solução dada à causa pelo MMº Juízo de 1º Grau merece manutenção.

Sabe-se que, tratando-se de concurso público, acerca do instrumento editalício, comumente se diz ser a "*lei interna do concurso*", isto é, em sua redação deve estar contido e previsto tudo quanto se refira ao certame, vinculando tanto os candidatos quanto a Administração às regras previstas no edital.

José Maria Pinheiro Madeira, nesse sentido, adverte:

"*O concurso público, pois, vem a ser um procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores.*

[...]

Acesso ao Sumário

O concurso público é precedido de edital, publicado com a antecedência mínima necessária para que todos os possíveis interessados tenham oportunidade de tomar conhecimento do certame. Além disso, o edital deve conter todas as informações essenciais, tais como, o prazo de inscrição, o valor da inscrição, o número de cargos a serem providos, a natureza deles, a escolaridade mínima necessária, o vencimento do cargo na data do edital, as matérias a serem exigidas nas provas, os títulos que serão admitidos e o respectivo valor, quando for o caso, o prazo de validade do concurso, entre outros. A Administração e os candidatos vinculam-se às disposições contidas no edital. Daí o cuidado que se deve ter na elaboração deste instrumento convocatório." (Servidor Público na Atualidade. 6ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2007, p. 85-86)

O que se observa, no caso dos autos, é a previsão contida no edital (ML-1/2011), de aplicação da prova de aptidão física àqueles aprovados na etapa de aptidão psicológica, cujo caráter é unicamente eliminatório (tópico VI. 4 DA PROVA DE APTIDÃO FÍSICA - fls. 42/43).

Em tese, como os Autores foram declarados inaptos na avaliação física, não se conceberia irregular o ato administrativo que os excluíram do certame.

Entretanto, como bem observou o MM. Juiz sentenciante, não há como considerar razoável a aplicação da PAF para quem almeja o cargo público em questão:

"*No caso, a exigência das provas físicas, de barra, abdominais, flexões e corridas de 12 minutos, apresentam-se desarrazoada para a função de médico-legista.*

...

As atividades desenvolvidas por médicos legistas em muito se diferenciam das desenvolvidas pelos policiais. Para estes é absolutamente razoável a exigência de aptidão física mais severa, pois ela se coaduna com a função por eles praticada. A atuação daqueles, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica..."

De fato, levando-se em conta que o ato administrativo deve ser regido pelo princípio da razoabilidade, conclui-se ser exagerada a exigência de teste físico para o exercício da atividade de médico.

Ora, não há qualquer razoabilidade ao impor ao candidato a execução de flexões na barra fixa, junto ao chão, abdominais e corrida de 2 mil metros em no máximo de 12 minutos, considerando-se que a atividade médica depende de aptidão intelectual, dessa forma, não se correlacionando com a necessidade de força e de resistência física e nem mesmo de capacidade aeróbica.

Há precedentes no Supremo Tribunal Federal, desfavoráveis à aplicação de teste de avaliação física para ingresso na carreira de médico legista (AI nº 278127/MA, J. 18.08.2000; AI nº 730757/MG, J. 30.03.2009), com destaque

para o seguinte:

"CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE ESFORÇO FÍSICO - AUXILIAR DE MÉDICO LEGISTA - EXIGÊNCIA - IMPROPRIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por procurador do Estado, veio acompanhada dos documentos previstos no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil e restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o agravante.

Nem com um grande empenho, envolvido interesse próprio, é dado assentar a infringência à Constituição Federal. Ao contrário, o que decidido pelo Tribunal de origem presta homenagem ao Diploma Maior. Coaduna-se com a razoabilidade a glosa da exigência de esforço físico em concurso voltado a preencher cargo de auxiliar médico-legal. A atuação deste, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica. Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto.

2. Por tais razões, conheço deste agravo, mas desacolho o pedido nele formulado, mantendo íntegra a decisão que resultou na negativa de trânsito ao extraordinário.

3. Publiquem.

Brasília, 17 de outubro de 2011.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator"

(AI nº 851587/SC, DJe-206 DIVULG 25/10/2011, PUBLIC 26/10/2011).

Desse modo, a manutenção do decidido é medida de rigor, até porque encontra esteio no posicionamento da Excelsa Corte de Justiça deste país.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102949-65.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CRISTINA MIGALES LEITE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao recurso voluntário da apelante, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.154)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Indenização por danos morais - Troca de corpos de idosas em nosocômio da rede estadual - Negligência da Administração configurada ao não identificar adequadamente e corretamente as falecidas, bem como seus pertences pessoais - Autora que experimentou momentos de aflição e desgaste - Sentença de procedência mantida - Negado provimento ao recurso.

VOTO

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por Cristina Migales Leite, aduzindo que é filha de Carmem Migales Leite, que esteve internada no Hospital Estadual do Ipiranga e veio a falecer. Afirma que em 15 de agosto de 2007, recebeu um telefonema de funcionário do referido hospital e quando lá compareceu, a médica responsável pela sua genitora informou que o falecimento havia se dado em 14 de agosto de 2007, por volta das dezoito horas. Assim, relata que houve demora na comunicação do falecimento e quando das providências para traslado do corpo para o município de Atibaia, local do funeral e do enterro, ao fazer o reconhecimento do corpo, constatou-se que não se tratava de Carmem Migales Leite. Localizaram junto ao corpo que lhes foi apresentado os pertences pessoais da sua genitora, mas também havia um papel com anotação "Odila". Afirmando ter passado constrangimentos e aflições ao aguardar considerável tempo para se esclarecer a história, somente com intervenção da ouvidoria, foi constatada a troca dos corpos, restando apurado que sua mãe fora entregue e sepultada por outra família no cemitério São Pedro, localizado na Vila Alpina. No mais, somente em 16 de agosto seguinte os familiares das senhoras falecidas compareceram ao cemitério, tendo sido feita a exumação do corpo da Sra. Carmem, mas não efetuou o traslado para outra cidade, permanecendo no mesmo cemitério em que estava na Capital. Em razão da dor e sofrimento que lhe foram causados, postula a condenação ao pagamento de danos morais, causados pela negligência e pela má prestação do serviço público do hospital

Acesso ao Sumário

estadual no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A r. sentença de fls. 132/135, cujo relatório adoto, julgou procedente a ação, condenando o Estado de São Paulo a pagar à autora indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos desde a data da sentença pela Tabela do TJ/SP e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Em razão da sucumbência, condenou o requerido no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Inconformado, apela a requerida (fls. 138/144), asseverando pela ausência de nexo de causalidade, vez que o corpo da mãe da apelada foi erroneamente identificado como Odila Bonora Salvioli, por seus parentes, sendo eles que deram causa à referida troca. Insurge-se, ainda, quanto à fixação do valor dos danos morais, bem como dos honorários advocatícios.

Recurso recebido, processado e contrariado (fls.147/153).

É o relatório.

Restou incontroverso nos autos que no dia 15 de agosto de 2007, quando notificado o falecimento da Sra. Carmem Migales Leite, mãe da autora, iniciou-se uma saga para descobrir o paradeiro do corpo de referida senhora, que posteriormente, após apuração pela ouvidoria do nosocômio, houvera sido entregue em 14 de agosto de 2007 a outra família, como se fosse outra idosa - Sra. Odila Bonora Salvioli e que fora velada e enterrada pelos seus familiares.

Nem se alegue que essa sucessão de acontecimentos se deu somente por culpa exclusiva da família da Sra. Odila que reconheceu o corpo de Carmem como se fosse da outra idosa. Isso porque, cabia ao hospital identificar corretamente as pacientes, haja vista que consta do processado que os pertences pessoais de cada qual não estavam com suas devidas donas. Contudo, a Administração não fez essa identificação correta, permitindo essa sucessão de equívocos e dúvidas, a ponto até de se postular judicialmente um alvará para exumar o corpo da Sra. Carmem, enterrada erroneamente no lugar de outra pessoa. Não se deu ao trabalho de buscar informações para identificá-las corretamente e adequadamente após o óbito, resguardando a cada uma seus pertences.

Patente está configurada a falha da Administração. A filha e familiares da idosa possuíam o direito às despedidas finais - funeral - assim como a própria vítima tinha direito a um enterro digno conforme os costumes familiares. Configura obrigação do Estado em atentar aos comandos da dignidade da pessoa humana. Ressalte-se, inclusive, que este constitui um dos fundamentos da República devidamente expresso em nossa Carta Magna no art. 1º, inciso III. E é com fundamento nesta premissa inviolável que o Estado possui o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana, abarcando na hipótese dos autos o dever de identificação e notificação de familiares. A Convenção Americana de

Acesso ao Sumário

Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica - em seu artigo 11 determina: 'Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.' No Capítulo V, em que versa sobre os DEVERES DAS PESSOAS, no art. 32: 'Correlação entre deveres e direito: 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.'

Assim, comprovada a negligência dos prepostos do Estado, absolutamente viável a condenação aos danos morais pela dor moral sofrida pela autora. Esta experimentou os piores momentos e peregrinação para achar o paradeiro do corpo de sua mãe, intenso sofrimento no momento da exumação do corpo até se descobrir o que efetivamente ocorreu, bem como o fato de não se ter se efetuado o traslado para a cidade de Atibaia, privando os familiares de velarem a idosa, enterrando-a no mesmo local onde estava (fls. 122/123) . Tudo isso pela descúria da Administração em zelar pela integridade dos corpos das idosas. Nas hipóteses dos autos, os danos morais fixados no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), foram razoavelmente fixados na proporção da peculiaridade do caso e do caráter educativo, razão pela qual o 'quantum' fixado deve ser mantido. Ao final, da mesma forma os honorários advocatícios não comportam reforma porquanto fixados nos estritos parâmetros do art. 20, parágrafo único, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário da apelante, mantendo-se integralmente a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0008326-18.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante A.L.N.T. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

Acesso ao Sumário

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação cível - Responsabilidade civil - Indenização por dano moral.

Animal de estimação pertencente à requerente apreendido pelo Centro de Controle de Zoonoses após fuga e sacrificado onze dias depois sob a alegação de se encontrar com sarna sarcóptica - Buscas empreendidas no local que resultaram infrutíferas ante a informação de que o animal ali não se encontrava - Animal que não se encontrava com sarna quando de sua apreensão e tampouco dois dias antes de seu sacrifício, quando localizado por testemunha, sendo a sarna, ademais, doença curável - Eutanásia vedada pela LCM nº 427/07 e LE nº 12.916/08 - Existência do nexo causal entre o ato ilícito e o dano causado à requerente - Pedido parcialmente procedente - Recursos desprovidos.

Nega-se provimento aos recursos interpostos.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por A.L.N.T., menor representada por sua mãe, em face da Municipalidade de Araraquara, deduzindo, em síntese, que em 08 de março de 2012 seu cão da raça Beagle, gozando de perfeito estado de saúde, empreendeu fuga da residência da família, sendo recolhido pelo Centro de Controle de Zoonoses de Araraquara horas depois, e, em que pese a realização de intensas buscas pelo animal, inclusive naquele órgão, foi ele sacrificado em 20 de março seguinte, sob a alegação da veterinária responsável de que se encontrava com sarna sarcóptica em estado avançado, procedimento vedado pela Lei Complementar Municipal nº 427, de 09 de novembro de 2007, e pela Lei Estadual nº 12.916, de 16 de abril de 2008, que apenas autorizam a eutanásia de animais portadores de doenças incuráveis ou em estágio irreversível e terminal, hipóteses inaplicáveis à espécie, haja vista ser a sarna sarcóptica uma doença curável e existir uma fotografia tirada do cão no dia 18 de março, quando localizado por integrante de uma ONG no canil do Centro de Controle de Zoonoses, na qual não aparenta qualquer sinal de sarna ou de doença em estado irreversível e terminal. Sustenta que a perda do animal gerou grande abalo emocional e psicológico, pois era tido por ela como último elo de ligação com o falecido pai, que a presenteara com o cão ainda

Acesso ao Sumário

filhote, azo pelo qual postula a condenação da Municipalidade de Araraquara no pagamento de indenização por danos morais em valor equivalente a 150 (cento e cinqüenta salários mínimos) ou em valor a ser arbitrado pelo Juízo. Pedido julgado parcialmente procedente para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), e de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação (fl. 198/199v.).

Inconformadas, apelam ambas as partes, a requerente visando a elevação do valor arbitrado a título de indenização (fl. 202/206) e a Municipalidade de Araraquara insistindo na culpa exclusiva da requerente decorrente da falha no dever de guarda do animal, na falta de comprovação de que o animal sacrificado era o cão da requerente e da efetiva existência de dano moral, e, subsidiariamente, visando a redução do valor arbitrado a título de indenização e da verba honorária fixada (fl. 208/229).

Processados regularmente com contrarrazões da Municipalidade de Araraquara (fl. 234/250), subiram os autos a esta Instância.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido do desprovimento dos recursos.

É o relatório.

2. A respeitável sentença não merece qualquer reparo.

É fato incontroverso que o animal de estimação da requerente, um cão da raça Beagle, atendendo pelo nome de Gabriel, fugiu da residência da família em 08 de março de 2012, mesma data em que a testemunha G.P.L., funcionária da Escola C., localizada na Avenida ..., a um quarteirão de distância da Rua ..., onde reside a família da requerente, o avistou tentando invadir a escola e, após notificação recebida às 8h40min (fl. 82), presenciou a captura e recolhimento do animal pelo Centro de Controle de Zoonoses. Ouvida em Juízo, G. identificou o animal capturado como aquele que se vê na fotografia de fl. 32 e, questionada, afirmou que no momento da captura Gabriel não apresentava qualquer sinal de doença, nenhuma anormalidade (fl. 157/159).

Conforme afirmado pela requerente, tão logo percebida a fuga de Gabriel, sua família, com a ajuda de amigos, da comunidade local e de voluntários de ONGs dedicadas à proteção animal, iniciou intensas buscas pelo animal, promovendo campanhas pela cidade e pela Internet que incluíram a divulgação de fotografias, visitas a entidades dedicadas à proteção de animais e constantes telefonemas ao Centro de Controle de Zoonoses, sendo sempre informada por funcionários daquele órgão que nenhum animal com as características de Gabriel havia sido recolhido. Tais buscas culminaram, em 18 de março de 2012, com a localização de Gabriel no Centro de Controles de Zoonoses, onde foi fotografado por A.A.F., voluntária da ONG ... . Ouvida em Juízo, A. afirmou que

naquele mesmo dia, 18 de março, à noite, postou a fotografia tirada de Gabriel na rede social Facebook, constatando no dia seguinte pela manhã que houve o reconhecimento do animal por familiar da requerente (fl. 150/153).

De fato, na tarde do dia 19 de março de 2012, dia seguinte ao reconhecimento do animal feito por M.N.P., tia da requerente, a avó da requerente, juntamente com a amiga íntima da família e informante do Juízo, C.A.C., dirigiram-se ao Centro de Controle de Zoonoses com a intenção de resgatar Gabriel, sendo atendidas por um funcionário que informou que "há uns dez ou doze dias tinha aparecido um beagle com sarna avançada e foi sacrificado", recomendando que retornassem na manhã do dia seguinte para conversar com a veterinária responsável. Na manhã do dia seguinte, 20 de março de 2012, C., a avó da requerente e sua tia M. retornaram ao Centro de Controle de Zoonoses, sendo informadas pela médica veterinária, A.J.M.S., responsável técnica pelo Centro de Controle de Zoonoses, que o animal realmente havia sido sacrificado na manhã do dia anterior, onze dias após sua apreensão, pois se encontrava com sarna sarcóptica em estado avançado e "aqui não tem lugar para cuidar dos cães" (fl. 160/163).

Ouvida em Juízo (fl. 164/170), a médica veterinária A.J.M.S. identificou o animal sacrificado como aquele da fotografia de fl. 32, identificação esta que afasta a alegação da municipalidade de falta de comprovação de que o animal sacrificado era aquele que pertencia à requerente. Declarou a testemunha que o animal deu entrada no Centro de Controle de Zoonoses em 08 de março de 2012 apresentando lesões na região abdomen-ventral lateral típicas de sarna sarcóptica em estágio dois, esclarecendo que nesse estágio a sarna já é perceptível pela perda de pelo. Estranhamente, tal fato não foi observado naquele mesmo dia por G., que o flagrou tentando invadir a escola e presenciou sua apreensão, e tampouco por A., que o identificou 10 (dez) dias depois já no canil do Centro de Controle de Zoonoses um dia antes de ser sacrificado.

Como bem pondera a requerente, seu cão não tinha sarna quando fugiu de sua residência, fato confirmado pela testemunha G. e pela informante C., e mesmo que tivesse adquirido a doença no período em que permaneceu confinado no Centro de Controle de Zoonoses, tanto a Lei Complementar Municipal nº 427, de 09 de novembro de 2007, quanto a Lei Estadual nº 12.916, de 16 de abril de 2008, vedam a morte provocada de animais saudáveis, autorizando apenas a eutanásia de animais portadores de doenças incuráveis ou de caráter irreversível e terminal, hipóteses inaplicáveis à espécie, pois na fotografia tirada de Gabriel por A.A.F. no dia 18 de março é possível observar que o cão não aparenta qualquer sinal de sarna (fl. 32), fato confirmado por A. quando de seu depoimento em Juízo. E mesmo na remota hipótese de Gabriel estar contaminado por sarna sarcóptica, é fato público e notório que tal doença não é incurável, inexistindo, ainda, qualquer laudo que ateste que o animal era portador de doença irreversível

Acesso ao Sumário

e terminal, nada, absolutamente nada justificando seu sacrifício, a não ser o absoluto desprezo, por parte das autoridades competentes e dos funcionários do Centro de Controle de Zoonoses de Araraquara, pelas disposições contidas na Lei Complementar Municipal nº 427, de 09 de novembro de 2007, que instituiu ações de proteção aos animais e à posse responsável no município de Araraquara, regulamentada pelo Decreto nº 9.012, de 29 de dezembro de 2008, bem como pelos comandos emanados da Lei Estadual nº 12.916, de 16 de abril de 2008, azo pelo qual a determinação da médica veterinária A.J.M.S., responsável técnica pelo Centro de Controle de Zoonoses à época, de sacrificar o animal, está eivada da mais absoluta ilegalidade, configurando ato ilícito gerador de responsabilidade civil pelos danos daí decorrentes.

Insiste a Municipalidade de Araraquara na alegação de culpa exclusiva da requerente pelos fatos que culminaram no sacrifício do animal, decorrente da falha no dever de guarda do animal, alegação esta que se afigura absolutamente inadmissível diante do quadro probatório, pois tão logo constatada a fuga do animal, imediatamente tiveram início intensas buscas para encontrá-lo, com o envolvimento de toda a família, mãe, tia, avó da requerente, amigos, comunidade local e voluntários de ONGs de proteção aos animais, bem como deflagradas campanhas pela localização do animal, inclusive pela internet, demonstrando que a fuga do animal não decorreu de falha no dever de guarda, mas de um infortúnio, um acidente, que prontamente a família buscou remediar, demonstrando não só o amor nutrido pelo animal, mas a preocupação em encontrá-lo e trazê-lo de volta ao lar. Ademais, ainda que se pudesse admitir que houve falha no dever de guarda do animal por parte da requerente ou de sua família, tal não poderia conduzir ao inadmissível e injustificável sacrifício do cão, que, apreendido em perfeitas condições de saúde, deveria ter sido encaminhado para adoção, conforme preconizado pela legislação pertinente.

Quanto à alegação da municipalidade no sentido de falta de comprovação do dano moral, vale recordar as palavras de Wilson Melo da Silva:

> **"Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.**
>
> **Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta DEMOGUE. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final.**
>
> **Seu elemento característico é a dor, tomado em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.**

Acesso ao Sumário

Danos morais, pois, seriam, exemplificativamente, os decorrentes das ofensas a honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal" (Cf. *in* O dano moral e sua reparação, p. 13).

De fato, o dano moral origina-se tanto na dor física, quanto no agravo que produz dor psíquica capaz de causar abalo do sistema nervoso, depressão, vergonha, insônia e que fere a dignidade da pessoa, inegável na espécie em se considerando se tratar a requerente de uma criança com 7 (sete) anos de idade à época dos fatos, que considerava o cão como o último elo de ligação com seu falecido pai, que a presenteou com o cão ainda filhote, alegação que se harmoniza com as informações prestadas por C.A.C., que relatou ao Juízo que a requerente ficou muito triste com a perda de Gabriel, pois o cão era muito importante para ela, tendo a família grande apego e amor por ele, mantendo-o sempre muito bem cuidado (fl. 160/163), havendo ainda relato de que, após a perda de seu "cachorrinho do coração", a requerente apresentou queda no rendimento escolar (fl. 38), o que patenteia de forma inafastável a dor psíquica que a atingiu.

A dor, naturalmente, não é mensurável pecuniariamente, dependendo a fixação da indenização da intensidade do sofrimento do ofendido, sua posição social e política, a natureza e repercussão do agravo, a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável e sua situação econômica.

De outra parte, deve-se também considerar que a indenização não pode ser tão exagerada a ponto de constituir verdadeiro enriquecimento sem causa para quem recebe, nem tão miúda a retirar o condão de inibir a repetição da prática por quem paga.

Nesse diapasão, a fixação de indenização por danos morais em patamar razoável para o dano moral se justifica, dadas as circunstâncias do dano causado à requerente, aliando-se à intensidade do grau de culpa da requerida, que em um verdadeiro reconhecimento de culpa, após os fatos, afastou a veterinária responsável pelo Centro de Controle de Zoonoses, nomeou uma comissão para promover mudanças naquele órgão e anunciou a construção de um abrigo para animais, até então inexistente, não se podendo deixar de lado, outrossim, o nascedouro do dano moral, cujo embrião de terras alienígenas fundado está na pena civil, a qual é imposta a fim de que se possa reprimir um *facere* ou um *non facere*, prejudicial não apenas a uma pessoa, mas a toda uma coletividade, daí porque a reprimenda civil de caráter exemplar, a qual bem se adequa o valor fixado em R$ 7.000,00 (sete mil reais), que não merece qualquer alteração.

Por epítome, nega-se provimento aos recursos interpostos pela requerente e pela Municipalidade de Araraquara, mantida integralmente a respeitável

Acesso ao Sumário

sentença apelada, inclusive no que tange à verba honorária, arbitrada em patamar razoável e em conformidade com o disposto no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos interpostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0132759-85.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada NEUSA MARIA MESSIAS DE SOLIZ, é apelada/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6033)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e URBANO RUIZ.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Imprescritibilidade da pretensão reparatória decorrente dos danos aos direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar. Precedentes. Prova documental que demonstra que a autora permaneceu presa durante o período da ditadura militar. Apelante que teve que sair do país, foi privada do convívio familiar, bem como perdeu o emprego. É fato notório que os presos políticos eram submetidos a tortura enquanto permaneciam, sob custódia do Estado. Dano moral configurado. Valor fixado dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que julga procedente o pedido.

Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 273/278 que julgou procedente o pedido, condenando a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento do valor de 100 (cem) salários mínimos, acrescidos de correção monetária segundo a tabela prática do Tribunal de Justiça, a partir da citação e juros de mora no valor de 0,5% ao mês, além do pagamento de honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação. A r. sentença foi declarada para fixar os juros de mora no patamar de 1% ao mês, e afastar a aplicação da Lei nº 11.960/2009 (fls. 289).

Inconformada, apelou a Autora. Em suas razões, alega que foi perseguida, presa, fichada, ameaçada e intensamente torturada por apoio às organizações de resistência democrática durante a ditadura militar. Pondera que a apelada foi o algoz, na medida em que forneceu o aparato que possibilitou a realização de sessões de tortura por meio de choque elétrico, cavaletes de pau de arara, palmatórias, cadeira do dragão, etc. Pleiteia a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais, tendo em vista que carrega, até hoje sequelas decorrentes da tortura experimentada. Requer, também, a majoração da verba honorária fixada.

Inconformada, apelou, também, a Fazenda do Estado. Em suas razões, alega que ocorreu a prescrição. Quanto à matéria de fundo, pondera que a Lei nº 10.726/01 não veda o pleito indenizatório ao próprio ofendido, contudo, as hipóteses contempladas com a indenização seriam aquelas previstas no artigo 7º do mencionado dispositivo legal. Assevera que o parágrafo único do mesmo artigo prevê que o nexo causal e o resultado lesivo deverão ser comprovados mediante laudo do IMESC. Aduz que a responsabilidade civil do estado não pode ser reconhecida com fundamento no disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal e, que, a demora no ingresso em juízo, de modo exagerado em proporção ao dano sofrido, se apresenta na jurisprudência como fato capaz de determinar a improcedência da ação. Argumenta que o prejuízo moral sublimou-se pelo decurso do tempo. Pleiteia a aplicação da teoria da "supressio" por entender que estão presentes todos os elementos que a caracterizam. Afirma que a autora não fez prova do nexo de causalidade. Alega que a solução de procedência do pedido foi tomada pelo simples fato de a autora ter sido presa e passar a morar no exterior, porém, não é toda prisão que gera o dever de indenizar. Questiona a sistemática de juros fixada na r. sentença e pleiteia a aplicação dos juros previstos na Lei nº 11.960/2009. Por fim, requer a redução da verba honorária, com fundamento no disposto no artigo 20, § 4º do CPC.

Recurso tempestivo (fls. 293/298 e 300/315).

Contrarrazões da Fazenda do Estado de São Paulo à fls. 319/323.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Anoto que a r. sentença está sujeita ao reexame necessário, por força do disposto no artigo 475, § 1º do CPC.

A r. decisão interlocutória de fls. 260/266 rejeitou a tese da prescrição levantada pela Fazenda do Estado e contra ela não houve interposição de nenhum recurso, razão pela qual não haveria necessidade de novo pronunciamento sobre o tema.

Porém, cumpre relembrar que o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento no sentido da imprescritibilidade do crime de tortura, que diz respeito à pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais praticada durante o período de regime de exceção. (Cf. AOE 27/ DF Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 10.08.2011, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010)

O Superior Tribunal de Justiça também pacificou o seu entendimento no sentido de que são imprescritíveis as pretensões compensatórias de dano moral que se originem de graves violações aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana decorrentes do período do regime militar. (AgRg no REsp 1042632/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, d.j. 09/06/2011; RESP 959.904/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, d.j. 23/04/2009, AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Min. Deise Arruda, 1ª Turma, d.j. 21.10.2008)

Fica, portanto, afastada a prescrição.

Cumpre registrar, outrossim, que a teoria da "supressio" invocada pela Fazenda em suas razões de recurso, por se tratar de um instituto afeto ao direito contratual, relativo ao fenômeno da supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo, não se aplica à hipótese dos autos, fundada na responsabilidade civil extracontratual.

Passo, portanto, à análise do mérito.

Os documentos de fls. 38/42 atestam que a autora foi submetida a interrogatório na condição de suspeita de participar da "organização clandestina" denominada "VAR PALMARES" (fl. 36).

O relatório expedido pelo DEOPS, datado de 05 de junho de 1970, que tinha por objetivo enumerar e qualificar pessoas consideradas subversivas da ordem nacional - denominadas "terroristas" - aponta como fundamento para o indiciamento da autora o fato dela "participar de reuniões em que se criticava o governo e as instituições vigentes, com elementos dessa 'organização clandestina' (Miriam Abramovay, Paulo César Xavier Pereira, etc...)" e "em razão desses contatos e de seus comparecimentos a reuniões serem anteriores ao advento da atual Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898 de 29/09/69)", foi indiciada pela prática do crime previsto no artigo 23 do Decreto-Lei nº 314 de 13/03/1967 por "praticar atos destinados a provocar a guerra revolucionária ou subversiva", que resultou no pedido de decretação de prisão preventiva ao

juízo militar. (fls. 106/126)

O documento de fls. 129 indica que a autora - Neusa Maria Messias da Cunha, de codinome "Marina", foi presa.

A lista de fls. 93/96 e 104 elaborada pela CISA aponta a Autora - Neusa Maria Messias da Cunha - como brasileira ligada a subversão que à época, viveu no exterior (Chile), durante os anos de 1978 a 1979.

In casu, a prova documental é suficiente para se comprovar que a Autora foi presa política durante o período da ditadura militar e permaneceu sob o controle de autoridade estatal. Foi presa sob a acusação de subversão e permanece fora do país até hoje (Alemanha), fato que, em nenhum momento, foi contestado pela Fazenda do Estado (fls. 30).

Como bem esclareceu a r. sentença: "(...) Verifica-se que as provas apresentadas nos autos vão ao encontro das alegações na inicial, uma vez que, através das datas dos relatórios e documentos analisados, percebe-se que a autora foi perseguida por razoável período de tempo, sendo interrogada e presa por participar de movimentos esquerdistas contrários ao governo (...) é inegável o sofrimento que o próprio Estado causou à Autora, que sendo perseguida, se viu obrigada a exilar-se do Brasil, deixando seus familiares e amigos, para ir morar de forma ilegal no Chile, o qual também vivenciava uma ditadura militar, se vendo novamente obrigada a fugir para a Alemanha, onde vive até os dias de hoje. (...)" (fls. 273/278)

Não vinga o argumento da Fazenda, no sentido de que somente as hipóteses contempladas no artigo 6º, da Lei nº 10.726 de 08 de janeiro de 2001 é que são indenizáveis, pois, segundo o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em outras palavras, a criação da Lei Estadual nº 10.726/2001 não teve o condão de elidir o interesse dos cidadãos lesionados no período da ditadura militar a fim de obter a indenização nos parâmetros e no valor que considerem devidos.

Ainda que a Autora tenha requerido, no âmbito administrativo, indenização com base na Lei Estadual nº 10.726/2001, tal fato não inviabiliza o pedido formulado na esfera judicial. É que as indenizações têm fundamento diverso. A indenização prevista no mencionado diploma legal tem caráter genérico, de finalidade assistencial, que não se confunde com a indenização por danos morais, cuja finalidade é compensar a autora pelo sofrimento que lhe foi ilegalmente impingido.

A alegação de que a Autora não comprovou a tortura a que teria sido submetida não merece prosperar, pois não há elementos suficientes para demonstrar que sofrera atos atentatórios à sua dignidade. A matéria em debate já

Acesso ao Sumário

foi analisada no Recurso Especial extraído do voto no Agravo de Instrumento nº 1.372.501 - RJ (2010/0227932-0), de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, do E. Superior Tribunal de Justiça, cujas razões dispensam acréscimos, e, por isso, ficam integralmente adotadas:

> "(...) Restou fartamente provado nos autos que o autor, ora apelante, foi uma das vítimas do lamentável regime excepcional por que passou o país nos anos sessenta e setenta. De fato, como evidenciou a prova oral, o apelante participava de uma célula do Partido Comunista Brasileiro e, apenas em razão disso, foi privado de sua liberdade por longo período, à guisa de prisão preventiva por prazo indeterminado.
>
> **V - É fato que não há prova de tortura, mas não é menos verdade que essa prova é de quase impossível produção, sendo de se presumir as notórias sevícias a que os presos políticos eram submetidos no cárcere, empregadas sobretudo para obtenção de confissões e de nomes de colegas de subversão.**
>
> **VI - A demissão do emprego não foi o único revés suportado pelo apelante, que, em função da repentina e imotivada perda de sua única fonte de sustento, certamente enfrentou grave abalo em sua honra e padeceu durante longo período sem obter novas chances de trabalho.**
>
> **De fato, a prova produzida nos autos, indicando que o apelante foi preso algumas vezes entre os anos de 1972 e 1975, apenas ratifica fatos notórios, relacionados à perseguição política implantada pelo regime militar, traduzida em cerceamento de liberdade, tortura física e moral, coações e demais atos de vilipêndio à dignidade da pessoa humana. É o que basta para se inferir os inegáveis danos morais por ele sofridos durante o período, e que devem ser, à evidência, compensados em justa medida pela União Federal, como reconhecido, em casos similares, por jurisprudência autorizada.**
>
> VII - A fixação da verba compensatória, na espécie, será feita com atenção ao extenso período em que o apelante sofreu as consequências da perseguição política que lhe foi imposta, sem olvidar os atos que a exteriorizaram, materializados em prisões arbitrárias e dificuldades de obter fontes de sustento; tudo sopesado com o inegável prejuízo emocional que o apelante certamente suportará até o fim de sua vida.
>
> VIII - Condena-se a União Federal a pagar ao autor a quantia de cento e cinquenta mil reais, que será atualizada a partir da data deste julgamento pelos índices constantes da tabela de precatórios da Justiça Federal e sofrerá a incidência de juros, a contar da mesma data, de 1% ao mês. Honorários arbitrados em cinco mil reais, a teor do art. 20, § 4º, do CPC. (...)" - grifos meus

Com efeito, no caso em tela, não há qualquer controvérsia acerca do sofrimento causado à autora pela atividade do Estado durante o período da

ditadura, que a submeteu à prisão e ao exílio, privando-a do exercício de direitos fundamentais.

Evidentemente que os danos sofridos pela autora lesionaram direitos da personalidade, tanto no que diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento, como também no tocante à integridade física e psíquica. Daí a necessidade de compensação, por meio da indenização pelos danos morais sofridos.

Como é cediço, a indenização por danos morais tem dúplice finalidade: compensar a vítima com quantia suficiente para anestesiar a lesão e, por outro lado, punir o ofensor. Além disso, deve-se respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, o *quantum* indenizatório por dano moral não deve ser tão excessivo que cause enriquecimento ilícito nem ser tão diminuto a ponto que se perca o sentido de punição.

In casu, levando em conta os mencionados critérios, entendo que o valor fixado a título de danos morais se mostra adequado e dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a fixação do *quantum* indenizatório. Nesse aspecto, a r. sentença é imerecedora de reparos.

Apenas cumpre esclarecer que, tendo em vista a vedação contida no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o salário mínimo não pode subsistir como fator de atualização da indenização. De rigor sua conversão em reais, na data da sentença. Tendo em vista que, à época (março de 2010), o salário mínimo correspondia a R$ 510,00 (quinhentos e dez reais), o valor da indenização deve ser de R$ 51.000,00 (cinquenta e um mil reais).

Com relação aos juros e correção monetária, o recurso da Fazenda não merece provimento.

Conquanto no passado já tenha decidido em sentido contrário, mais recentemente alterei meu posicionamento com a finalidade de acompanhar o recente entendimento esposado pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, alterando a redação do artigo 1-F da Lei nº 9.494/97, por conter a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança".[1] Assim, os juros e a correção monetária devem permanecer da forma fixada na r. sentença.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, por se tratar de ação de conhecimento com pedido de condenação, nada impede que os honorários sejam fixados em percentual da indenização de acordo com a regra do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Os honorários foram fixados de forma adequada e compatível com o trabalho desenvolvido pelo patrono da vencedora. Não obstante a relevância da matéria discutida, não se trata de causa complexa, tanto que foi julgada sem a necessidade de instrução probatória.

1 RF: Informativo do STF nº 698 de 11 a 15 de março de 2013.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos e mantenho integralmente a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024564-37.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante FLAVIO ALEXANDRE NUNES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), MOACIR PERES E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 9 de dezembro de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I - Ato administrativo. Nulidade. Concurso de ingresso na Polícia Militar. Candidato considerado inapto no exame médico, por estar com o Índice de Massa Corpórea (IMC) superior àquele constante do edital.

II - O Judiciário pode invadir o mérito do ato administrativo para buscar eventual ilegalidade contida na relação de adequação entre o motivo do ato e o seu conteúdo. Ao juiz cabe imiscuir-se no conteúdo da discrição para verificar se a Administração Pública, no uso de suas atribuições discricionárias, buscou a solução 'ótima' para concretizar a norma jurídica abstrata. Com efeito, se no uso desse 'poder' a Administração Pública, por seus agentes, violou a regra de direito, cabe ao Judiciário desvendar o ilícito e restaurar a legalidade.

III - *In casu*, a perícia concluiu pelo bom desempenho físico do periciando, não identificado impedimentos às atividades habituais na Polícia Militar. A relação entre o motivo e o conteúdo do ato não se afigura

Acesso ao Sumário

compatível. Laudos médicos e exames trazidos comprovam que o IMC do autor é devido ao aumento de massa magra por hipertrofia muscular, no caso, não é confiável o uso do IMC para alegar aumento de peso por obesidade.

IV - Sentença de improcedência. Recurso provido."

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária proposta por Flavio Alexandre Nunes contra a Fazenda do Estado de São Paulo. Alega ter sido considerado inapto na fase de exame médico do concurso de ingresso na Polícia Militar, por estar com o Índice de Massa Corporal (IMC) superior àquele constante do edital. A sentença de fls. 140/142, cujo relatório se adota, julgou improcedente a demanda. Apela o vencido, postulando inversão de êxito. Contra-arrazoado o recurso, em seguida subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

2. Insta ressaltar que o Judiciário pode adentrar no mérito do ato administrativo. Tem o direito de imiscuir-se no âmago do ato para buscar a ilegalidade ou o abuso de poder praticado pela Administração Pública. Aqui ocorreu a relação de adequação entre os pressupostos de fato do ato e o seu conteúdo. Ao invadir o mérito, matéria que deve ser analisada com percuciência pelo julgador, compete a este verificar a causa do ato que no dizer de André Gonçalves Pereira é a adequação entre o motivo e o seu conteúdo. Garcia de Enterria, baseando-se em estudo feito em vários julgamentos ocorridos no Tribunal Espanhol, assinala que o Judiciário tem plena autonomia para vasculhar e encontrar a ilegalidade. Do mesmo modo, Sainz Moreno, no seu propalado "Conceito Indeterminado do Ato Administrativo", diz que o mérito é um núcleo muito restrito que não pode ser examinado pelo Judiciário, mas todos os seus aspectos e circunstâncias devem ser analisados na busca da ilegalidade.

O ato administrativo diz-se contaminado quando atentar contra a ordem jurídica. O Poder Judiciário não está adstrito à apreciação da legalidade exterior da manifestação punitiva de vontade. Pode investigar todos os pressupostos, elementos e aspectos do ato, a fim de assegurar, às claras, que o Administrador ateve-se ao espaço que lhe cabia na criação, formação e concretização da manifestação pública de vontade da Administração.

Além disso, a discrição, na abalizada lição de Celso Antonio, assinala que é um dever-poder. Isto porque ao administrador deve ser dado motivos necessários para que apresente a solução única exigida pela ordem jurídica aos comportamentos plúrimos existentes na norma de Direito. Preceptivos normativos desenham faculdades e deveres que a lei confere ao Poder Público,

Acesso ao Sumário

mas exigem a eficácia da conduta pública reta no caso concreto. No dizer ainda de Celso Antonio, a discrição obriga o Administrador Público dar a "providência ótima" para atender os critérios de conveniência e oportunidade, seja pela insuficiência de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, seja pela faculdade outorgada pela norma, seja ainda pelo uso de conceitos vagos que conduzem à discricionariedade. Diz ele que a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão somente saber que será uma que se contenha dentro de um número limitado de alternativas e que se apresente razoável para o caso concreto" (Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores, pág. 43).

Com efeito, a invalidação pode situar-se na competência, originária do desvio de poder, no erro de fato, por falta de adequação entre o motivo e o conteúdo, na ilegalidade do objeto e na falta de causa.

Assim, os limites da discricionariedade estão totalmente cintados a ponto de permitir ao Judiciário que verifique se a Administração Pública no caso concreto buscou a solução ótima para editar o ato.

3. No caso em apreço, o autor, após aprovação nas etapas iniciais, inclusive prova física, do concurso destinado ao cargo de Soldado PM 2ª Classe, foi considerado inapto no exame médico, por estar com o Índice de Massa Corpórea (IMC) superior àquele previsto no edital do concurso.

O edital do referido certame prevê: "*O IMC que aprovará o candidato deverá estar entre 18 e 25, com circunferência abdominal de no máximo 102 cm. Candidatos que apresentem IMC entre 25 e 30, porém, à custa de hipertrofia muscular, serão avaliados individualmente a critério da Junta Médica de Saúde.*" (Capítulo X, item 3, do edital - fls. 77/81)

Os exames médicos têm a finalidade de verificar se o candidato possui ou não condições de saúde para desempenhar as funções policiais militares. Realizada perícia, concluiu-se pelo bom desempenho físico do periciando, não identificado impedimentos para o desempenho de suas atividades habituais na Polícia Militar (fls. 123/127).

Acesso ao Sumário

Destarte, a relação entre o motivo e o conteúdo do ato não se afigura compatível com as provas trazidas aos autos, vejamos:

a) o atestado elaborado por médico endocrinologista justifica que o IMC 33 do autor é devido ao aumento de massa magra por hipertrofia muscular devido a musculação, jiu-jitsu e prática de futebol americano, que não é confiável o uso do IMC para alegar aumento de peso por obesidade e anexou exames (fls. 147/149).

b) Outro médico, também, endocrinologista relata que o IMC considera apenas o peso e a altura do paciente, o que pode trazer viés na interpretação da composição corporal e que o candidato apresenta boa massa muscular

anexa mais exames (fls. 150/157).

c) As fotos de fls. 159/162 demonstram que o peso corporal do incoante é proporcional a altura e sua elevada constituição óssea.

4. Diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a rigidez do ato administrativo não se sustenta, devendo ser acolhida a pretensão do recorrente para reconhecer sua capacidade e possibilitar a participação nas próximas fases do concurso em questão.

5. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento ao recurso. Arcará a ré com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0464303-12.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JAIRO MORETTI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Gustavo Rodrigues Marchiori.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.277)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO BARCELLOS GATTI (Presidente) e RUI STOCO.

São Paulo, 20 de janeiro de 2014.

RICARDO FEITOSA, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO - CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE DELEGADO DE POLÍCIA - PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO, APURADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR - ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE O CARÁTER CONTRIBUTIVO DO BENEFÍCIO - AÇÃO ANULATÓRIA IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ordinária movida por Jairo Moretti contra a Fazenda do Estado, objetivando a anulação do ato administrativo que importou na aplicação de sanção de cassação de sua aposentadoria, com a condenação da ré no pagamento dos proventos do período de cassação e indenização por danos morais, julgado improcedente pela r. sentença de fls. 410/418.

O autor apelou, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, decorrente da falta de oitiva das testemunhas que arrolou, no mérito buscando a inversão do resultado, sustentando em suma que: a) os fatos que lhe foram imputados não guardam relação com o exercício do cargo de Delegado de Polícia; b) não pode ser privado de receber os proventos da inatividade a que tem direito, tendo em vista que contribuiu para tal; c) não há prova robusta das imputações, além do que a pena que lhe foi imposta não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; d) não foi observado o princípio da isonomia com o policial militar na mesma situação; e) não tendo sido condenado na esfera criminal, a punição é nula; f) o processo administrativo é nulo, por cerceamento de defesa e excesso de prazo; g) tendo sofrido abalo em sua honra, de rigor a correspondente indenização por danos morais.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

Incumbe, antes de mais nada, examinar a preliminar, que deve ser rejeitada, uma vez que não sendo possível vislumbrar, para a solução da causa, utilidade na produção de prova testemunhal, não há lugar para cogitar-se de cerceamento de defesa.

Em outras palavras, na presente demanda, o que cumpre examinar é se a penalidade aplicada ao autor é legítima e aplicada em processo administrativo regular, cuja prova oral não pode ser substituída por outra colhida em juízo.

No que tange ao mérito, melhor sorte não está reservada ao inconformismo.

Os elementos de convicção transplantados do processo administrativo revelam que o autor, Delegado de Polícia afastado das funções para o exercício de mandato de vereador à Câmara Municipal de Ribeirão Bonito, na tarde de 09 de janeiro de 2007, praticou ato da maior gravidade, recebendo do Prefeito Municipal vantagem indevida, após assediá-lo propondo em troca votos afinados com os projetos de seu interesse na edilidade (portaria inicial copiada a fls. 78/82), o que culminou, em 20 de fevereiro de 2009, na aplicação pelo Governador do Estado da pena de cassação de aposentadoria, prevista na Lei Complementar nº 207/79, absolutamente razoável e proporcional à gravidade da falta cometida.

O fato do Delegado de Polícia estar afastado das funções para o exercício de mandato eletivo não significa que esteja desobrigado de atender aos deveres

Acesso ao Sumário

do cargo primitivo e muito menos que não possa ser punido administrativamente em caso de descumprimento.

Da mesma forma, não há incompatibilidade entre a pena disciplinar de cassação de aposentadoria e a nova ordem constitucional estabelecida a partir das Emendas 03/93 e 20/98, tanto assim que sucessivas decisões das Cortes Superiores continuam prestigiando sua aplicação, de que são exemplos mais recentes os julgamentos proferidos no Mandado de Segurança nº 15.905 - DF, relatora a Ministra Eliana Calmon e no Ag.Reg. no Mandado de Segurança 23.219-9 - Rio Grande do Sul, relator o Ministro Eros Graus, de onde se extrai: "Quanto à constitucionalidade da cassação de aposentadoria, este Tribunal confirma reiteradamente a aplicabilidade dessa forma de punição, não obstante o caráter contributivo de que se reveste este benefício previdenciário:

> 'I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicação e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal' (MS n. 23.299, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12.04.2002)."

Deslocada, de outra parte, a invocação de isonomia com a carreira policial militar, regida por outros pressupostos em decorrência das situações peculiares que a diferencia dos servidores civis.

Ante a independência da instância administrativa, irrelevante, para a validade da pena de cassação, que o autor não tenha sido condenado na esfera criminal.

Finalmente, o fato do acusado ter sido ouvido antes dos denunciantes e do processo administrativo ter excedido o prazo previsto em lei, à míngua de demonstração de qualquer prejuízo à defesa do servidor, não tem o condão de acarretar nulidade.

Falta acrescentar que legítima a punição, não há como cogitar-se de qualquer indenização.

Em tais condições, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0012210-75.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelada SUZANA MARIKO NAKAU.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO - REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO - ADMISSIBILIDADE - PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL À CONDUTA DA SERVIDORA - Vários fatores devem ser considerados para o estabelecimento da pena, como por exemplo a isenção de históricos de punições disciplinares, o tempo de admissão no serviço público, o grau de zelo no desempenho de suas funções laborativas etc. - VERBA HONORÁRIA - FIXAÇÃO CORRETA - Honorários advocatícios corretamente fixados nos termos do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC, levando-se em consideração, inclusive, a natureza complexa da causa - LEI 11.960/09 - INAPLICABILIDADE - O e. STF, por meio das ADIs n.º 4357 e 4425, reconheceu a sua inconstitucionalidade - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA ajuizada por SUZANA MARIKO NAKAU contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, objetivando, em síntese, a sua reintegração às fileiras do serviço público municipal, assim como o pagamento dos salários que deixou de perceber por força do seu afastamento, monetariamente atualizados e acrescidos de juros de mora.

A r. Sentença de Fls. 1409/1426, cujo relatório se adota na íntegra, julgou parcialmente procedente a demanda, e, por conseguinte, declarou nula a demissão

da Autora, reintegrando-a ao seu cargo de origem, bem como concedeu-lhe o pagamento de toda verba salarial devida desde a sua demissão, com o acréscimo de correção monetária e juros de mora a contar da citação. Condenou-se a Ré, outrossim, a considerar o período de afastamento como de efetivo exercício para quaisquer fim. Por derradeiro, a Demandada fora condenada nas custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios.

Irresignada, apela a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO buscando a inversão total do julgado.

Contrarrazões deduzidas as Fls. 1469/1482.

É o relatório.

Incensurável o r. Decisório.

Inicialmente, devo consignar que não há qualquer mácula no procedimento administrativo instaurado para apurar a conduta da Demandante. Como bem assentou o d. Magistrado sentenciante, correta fora a instauração do processo administrativo disciplinar por determinação da Egrégia Presidência da Corte de Contas do Município de São Paulo, porquanto a servidora integrava o Colendo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, órgão auxiliar do Poder Legislativo paulistano.

A imputação formulada no correlato procedimento administrativo deu-se de maneira clara e específica, além de caracterizar ato de natureza grave, passível de demissão. Vale destacar que a apresentação de documentos ideologicamente ou materialmente falsos configura crime contra a fé pública, de acordo com o Título X, do Código Penal.

A apresentação dos atestados médicos falsos pela Autora à repartição pública, de igual modo, restou manifesta e comprovada pelos elementos de persuasão coletados no bojo do caderno processual.

Alega a Demandante que compareceu ao nosocômio para tratar a sua patologia, contudo, dentro do hospital, fora-lhe entregue os atestados médicos falsos.

Tal assertiva, no entanto, não resiste a uma análise mais acurada dos fatos. É que o Hospital Municipal *Dr. Carmino Caricchio*, por intermédio de sua Diretora Técnica, declarou não haver qualquer registro de atendimento da Autora, quer no pronto-socorro, quer no ambulatório, quer na área de internação. (Fls. 834/835)

Aliás, como bem esclareceu o douto Magistrado "a quo", seria por demais fantasioso admitir que, "*por catorze vezes, em momentos distintos ao longo de meses (...) foi a autora inocente, cândida, sordidamente envolvida em emissão de atestados médicos falsos pertinentes a ela e que apenas a ela favoreciam e não a terceiros*". (Fls. 1414)

Acesso ao Sumário

Portanto, a infração administrativa realmente restou comprovada nos autos em análise, não havendo qualquer prova que desautorize esta conclusão.

O cerne da problemática cinge-se em saber se a reprimenda imposta à Autora atendeu os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso vertente em análise, a resposta é negativa.

Embora seja incontroverso que a Autora tenha se valido de atestados ideologicamente falsos, é inegável que ela estava realmente doente no interregno de janeiro a junho de 2004. Tanto mais fidedigna se torna esta assertiva, quando se verifica que a ela foram concedidos afastamentos médicos diversos pelo Departamento de Saúde do Servidor - DSS (Fls. 675).

Anote-se que as licenças só eram concedidas após a avaliação pericial do servidor público, procedida pelo médico municipal competente. Não há qualquer prova no sentido de que a perícia não fora realizada, ou fora realizada de modo incorreto.

Portanto, a patologia (depressão) comprovada da Demandante deveria ter sido sopesada para abrandar o rigor da carga punitiva imposta.

Urge destacar, em adição, que há fortes indícios de que a Autora apresentou o quadro clínico de depressão após ser acometida por um aborto involuntário.

Ademais, como bem ponderou o d. Magistrado "*a quo*", outros fatores deveriam ter sido levados a efeito para dosar a pena estabelecida. A isenção de históricos de punições disciplinares em seu prontuário, o fato de ter sido a servidora admitida no serviço público há mais de 12 (doze) anos, os depoimentos prestados por seus colegas de trabalho, no sentido de que ela sempre desempenhou suas funções laborativas com afinco (Fls. 696) e a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo na instância penal são fatores que admitem a redução da pena estabelecida administrativamente.

De fato, a pena aplicada à servidora municipal distanciou-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem ser observados pela Administração Pública em geral.

Confira-se, a esse propósito, o entendimento do e. **Superior Tribunal de Justiça** sobre o tema:

> ***"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENALIDADE. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. 1. Na aplicação de penalidade, a par da estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor, impõe-se à autoridade administrativa, em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/90, máxime em se tratando de demissão, a verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor.*** *2. De outro modo, deve a autoridade levar em*

conta as sugestões contidas no relatório da comissão de inquérito, salvo no caso de discrepância com o contexto probatório. Não há, entretanto, vinculação para a autoridade administrativa com as conclusões daquela peça, mas, na aplicação de outra penalidade, máxime se mais grave que a sugerida, é necessário seja a decisão fundamentada. 3. Segurança concedida." (STJ - MS: 6663 DF 1999/0100787-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 13/09/2000, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 02/10/2000 p. 136) - grifos nossos

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. ***PENA DE DEMISSÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INOBSERVÂNCIA****. ORDEM CONCEDIDA" (STJ - MS: 17490 DF 2011/0201098-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 14/12/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2012) - grifos nossos*

E, ainda: *STJ - MS n.º 8.693/DF - 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; STJ - MS n.º 7.260/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26/8/2002; e STJ MS n.º 7.077/DF, 3ª Seção, Rel. Min Edson Vidigal, DJ de 11/06/2001*.

Com efeito, andou bem o douto Magistrado "*a quo*" ao invalidar a pena de demissão imposta à servidora pública municipal.

No que se relaciona à irresignação quanto à aplicação da Lei Federal n.º 11.960/09, o e. Supremo Tribunal Federal por meio das ADIs n.ºs 4357 e 4425, reconheceu a sua inconstitucionalidade, razão pela qual não deve mais ser aplicada.

A verba honorária também restou bem fixada pelo Juiz sentenciante, mormente ao considerar o regramento estatuído pelo artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Ademais, a natureza da causa mostrou-se bastante complexa, bem como versou sobre um tema delicado e que exigiu dos causídicos um esforço que foge à esfera da normalidade em temas como estes.

Daí por que se mantém a r. Sentença de primeiro grau, calcada em seus próprios e jurídicos fundamentos, além dos ora alinhavados.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso voluntário interposto pela Municipalidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0039328-45.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é

apelante CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - ISS - Exercícios de 2010 e seguintes - Município de São Bernardo do Campo - Concessionária de exploração rodoviária - Serviços secundários, desvinculados do objeto principal do contrato de concessão - Enquadramento no item 3.04 da lista anexa à LC nº 116/03 - Atividades acessórias que devem ser tributadas isoladamente, por não se encaixarem no item 22.01 da referida lista federal - Procedência do pleito inaugural nesta sede, com a inversão do ônus da sucumbência - Sentença reformada - Apelo provido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 290/294, a qual julgou improcedente esta ação declaratória e condenou às verbas sucumbenciais a contribuinte, que busca, nesta sede, a reforma do julgado, em suma, dizendo fazer jus ao recolhimento do ISS sobre seus serviços secundários, que lhe geram receitas acessórias pela alíquota de 2%, mediante enquadramento no item 3.04 da lista trazida na Lei Complementar nº 116/03, e não no seu item 22.01, que alcança somente seus serviços primários de exploração de rodovias, tudo à luz dos princípios da tipicidade tributária, da legalidade e também da estrita legalidade (fls. 309/322).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 323/324), respondido (fls. 327/334) e remetido a este E. Tribunal, onde sobrevieram diversas petições e documentos (fls. 338/1162).

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

A insurgência merece agasalho.

Como concessionária, a apelante adquiriu o direito de explorar a rodovia

Acesso ao Sumário

licitada. Essa exploração, quando vinculada ao pagamento de pedágio (tarifa), está prevista no item 22.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, "*in verbis*":

> *"22.01 - Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."*

Não é assim, porém, o tratamento jurídico a ser dado para os demais serviços e rendimentos previstos na cláusula 31 do contrato de concessão rodoviária (fls. 40/41), que são independentes, não se vinculando à atividade primária da apelante, nem àquele respectivo preço público por ela auferido.

Destacadas, tais atividades - secundárias - da apelante devem ser enquadradas, isoladamente, no item 3.04 da referida lista federal, que traz o seguinte enunciado:

> *"3.04 - Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza."*

Assim é, porque essas atividades da apelante são acessórias ao mencionado contrato, certo que embora dele dependam, elas não são congêneres ao seu objeto principal, qual seja, a exploração de rodovias mediante o pagamento de pedágio - base de cálculo do ISS - que vem a ser o núcleo da hipótese de incidência prevista no item 22.01 da lista federal, sem identificação alguma com seu item 3.04.

Tratam-se, pois, de serviços diversos, atinentes à outra atividade-fim, distinta e sem similitude com os "outros serviços" indicados no item 22.01, tampouco com os expressamente ali descritos.

Por isso, aqui, em sede tributária, onde o fato gerador do ISS é previsto em lista - taxativa, ainda que admitida sua interpretação compreensiva - não se aplica o princípio da sequela, segundo do qual o acessório segue o principal.

Dessarte, na seara tributária - quanto ao ISS - os serviços em discussão devem ser tributados, separadamente, por enquadramento no item 3.04 da lista trazida pela Lei Complementar nº 116/03, daí a procedência do pleito inaugural, com a inversão do ônus da sucumbência, eleito em primeiro grau.

Por tais motivos, para os fins supra, dá-se provimento ao apelo da contribuinte, reformando-se a v. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0002699-70.2005.8.26.0589, da Comarca de São Simão, em que é apelante MARCELO APARECIDO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido e negaram provimento ao recurso, por v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18322)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa que importa em enriquecimento ilícito - Desvio de dinheiro público mediante adulteração de notas fiscais - Sentença de procedência, que condenou o réu pela prática do ato incurso no art. 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-lhe de forma cumulativa todas as sanções dispostas no art. 12, I, todos da Lei nº 8.429/92 - Pleito que visa, inicialmente, o acolhimento das preliminares ora arguidas para que a sentença seja anulada na parte que lhe aplicou as penalidades ante a ausência de fundamentação, e pela inaplicabilidade e inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, para que o recurso seja suspenso até decisão final da Repercussão Geral no RE nº 683235 - Preliminares afastadas - Adulteração das notas fiscais apresentadas pelo apelante devidamente comprovada - Indícios suficientes que evidenciam a prática de atos por improbidade administrativa - Violação aos ditames do artigo 9º, incisos XI e XII da Lei nº 8.429/92 - Agravo retido não reiterado em sede de razões recursais - Inteligência do art. 534, § 1º do CPC - Penas aplicadas que se mostram razoáveis - Sentença mantida.

Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Marcelo Aparecido dos Santos (fls. 588/660), contra r. sentença (fls. 578/586) que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público, condenando o ora apelante pela prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito e lesão ao erário, ao ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 8 anos, pagamento de multa civil equivalente a três vezes o proveito patrimonial auferido (R$ 540,00) e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos, como incurso no art. 9º, da Lei nº 8.429/92, com correção monetária a partir da data do fato, nos termos da tabela prática do TJ/SP, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da sentença.

Inconformado, recorreu o requerido, alegando, preliminarmente, que a magistrada sentenciante não indicou as razões para a aplicação de cada uma das sanções impostas, cuja ausência implica em nulidade da decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal). Aduz ser inaplicável ao caso a Lei nº 8.429/92, primeiramente, por ser mais gravosa que a própria lei penal e porque ao tempo dos fatos o apelante era agente político, requerendo, ainda, a suspensão do recurso, diante da configuração da repercussão geral da matéria alegada. No mérito, asseverou o fato de não ter sido comprovada nos autos a prática de nenhuma conduta que pudesse caracterizar o ato ímprobo, eis que não ficou evidenciado ter ele adulterado as notas fiscais, objeto da ação, o que demanda a necessidade de uma melhor análise para a identificação do responsável pela realização das despesas. Assevera que o fato dele ter sido o responsável pela prestação de contas do adiantamento não constitui, por si só, o ato de improbidade. Colaciona inúmeros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais deste Colendo Tribunal de Justiça e das Cortes Superiores. Diz que não ficou comprovado o prejuízo patrimonial e por diversas vezes ressaltou a ausência de prova de que teria ele adulterado as notas fiscais. Diz que as sanções previstas no artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.429/92 foram aplicadas de maneira desproporcional e totalmente desarrazoada, sendo necessário observar o caso concreto e interpretar o dispositivo em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. Requer, ao final, o acolhimento das preliminares ora apontadas, para que a r. sentença seja anulada na parte que lhe aplicou as penalidades, ante a falta de fundamentação, bem como a suspensão do presente recurso até decisão final dos autos da Repercussão Geral no RE 683235; no mérito, seja dado provimento ao recurso, afastando-se as penalidades ora aplicadas.

Sobrevieram aos autos contrarrazões de fls. 668/677.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso, para que a r. sentença seja mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 682/691).

É o relatório.

Primeiramente, não se conhece do agravo retido de fls. 280/283, pois não requerido expressamente seu exame nas razões recursais, consoante preconiza o artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil.

No mais, a sentença de primeiro grau deve ser mantida, visto que inconsistentes as razões recursais.

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com vistas a apurar possível adulteração de notas fiscais, com indícios que evidenciam a prática de atos de improbidade com obtenção de vantagem patrimonial indevida por parte de Marcelo Aparecido dos Santos. Para tanto, aduz que a fraude perpetrada pelo réu consistiu, inicialmente, em requisitar e receber adiantamento em dinheiro, à época correspondente à quantia de R$ 4.280,00 para pagamento de despesas em viagem que faria à cidade de Campos do Jordão, e depois adulterar notas fiscais obtidas com a compra de produtos de pequeno valor, consignando quantias bastante superiores as efetivamente pagas aos comerciantes. Posteriormente, Marcelo Aparecido dos Santos prestou contas à Prefeitura do dinheiro gasto, elaborando relação na qual incluiu os valores das notas majoradas como sendo as quantias despendidas, as quais foram devidamente aprovadas por ele próprio, e por fim restituiu ao erário tão somente R$ 161,96, justificando ter gasto o resto do dinheiro. Além disso, em poucos meses de mandato, o requerido deu causa à instauração de diversos procedimentos por atos de improbidade.

O inconformismo do Ministério Público concentra-se na afirmação de que o requerido, valendo do cargo de Prefeito do Município de São Simão, solicitou adiantamento de verba e para justificar os gastos adulterou notas fiscais em valor muito superior ao efetivamente consumido, conduta esta que o Ministério Público entende ser dolosa e que causa prejuízos ao erário e enriquecimento sem causa.

Pois bem.

As preliminares ora arguidas que devem ser afastadas.

a) Ausência de fundamentação na aplicação das penas:

A Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 4º, disciplina acerca da imposição de sanções quando da prática de atos de improbidade administrativa:

Art. 37, parágrafo 4º: ***"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".***

Acesso ao Sumário

A lei de regência da matéria (Lei nº 8.429/92), que disciplina as sanções aplicáveis aos agentes políticos no caso de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, classifica em seus artigos 9º, 10 e 11 os atos de improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

No caso vertente, da análise da conduta ora praticada pelo réu e dos elementos trazidos aos autos, verifica-se a existência de claras imputações com descrições lógicas do ato de improbidade, cuja conduta encerra aquele previsto no artigo 9º da Lei nº 8.492/92.

O *decisum* enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais ensejaram o resultado da ação civil pública por ato de improbidade. E é o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, dentre elas a do dever de motivação. Os provimentos se mostram adequados, não havendo que se falar, portanto, em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, nem em ofensa ao artigo 93, IX da Constituição Federal.

b) Inaplicabilidade e inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92

Também não prospera o argumento de que a Lei nº 8.429/92 é inaplicável aos agentes políticos.

Consoante preconiza o artigo 2º da Lei nº 8.429/92 "*reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*", sendo que todos devem se submeter à norma jurídica no caso de configuração de atos de improbidade.

Ademais, a jurisprudência é pacífica ao advertir quanto à inexistência de qualquer norma constitucional ou legal que resguarde os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Esse é o entendimento que vem prevalecendo no Colendo Superior Tribunal de Justiça em recentes julgados:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INQUÉRITO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 332 DO CPC. INEXISTÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.*
>
> *1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.*

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2.797/DF, declarou a inconstitucionalidade das normas vertidas pelos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que garantiam a prerrogativa de foro em ações civis de improbidade administrativa. Precedentes.

3. Esta Corte segue a jurisprudência do STF na mesma questão, qual seja, prefeito não tem foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, devendo ser julgado pelo juiz de primeiro grau. Precedentes.

4. Quanto à violação do art. 332 do Código de Processo Civil, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "o inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não é capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório" (REsp 1.119.568/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/9/2010). Precedentes.

5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento da Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, pacificou o entendimento no sentido de que cabe a submissão dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 322262/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 18/06/2013).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS: CABIMENTO - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, VERIFICAÇÃO DE DOLO OU CULPA DO AGENTE POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE: SÚMULA 7/STJ - APLICAÇÃO DA PENA - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

1. A Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. Precedentes desta Corte.

2. Não há como esta Corte emitir juízo de valor sobre teses que demandam revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Acórdão do Tribunal de origem que, para manter as penas aplicadas na primeira instância, valeu-se de fundamentação suficiente e adequada.

4. Recurso especial não provido". (REsp 1199004 SC 2010/001141940 - Min. Eliana Calmon - j. 02/09/2010).

Portanto, a alegada inconstitucionalidade da Lei 8.429/92 não prospera.

Acesso ao Sumário

O Supremo Tribunal Federal a respeito da ADI 2182-DF já decidiu pela sua constitucionalidade conforme julgado a seguir:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA.*
>
> *1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.*
>
> *2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.*
>
> *3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente". (Supremo Tribunal Federal Plenário - ADI nº 2.182-DF - Relator Ministro Marco Aurélio - j. em 12.05.2010, DJ 10.09.2010)."*

Assim, diante da declaração de constitucionalidade da Lei nº 8.429/92 pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em suspensão do feito no aguardo deste pronunciamento.

No mérito, verifica-se que os elementos constantes da ação civil pública expõe a existência de indícios suficientes que evidenciam a prática de atos por improbidade por parte de Marcelo Aparecido dos Santos.

De fato, os documentos apresentados nos autos denotam que houve requisição de adiantamento da quantia de R$ 4.280,00 pelo então Prefeito de São Simão na época, Marcelo Aparecido dos Santos, para pagamento de despesas enquadradas nos itens 1 ao 11 do artigo 4º da Lei Municipal nº 994/83, a qual foi autorizada pelo departamento administrativo e financeiro daquela municipalidade consoante se verifica na nota de empenho datada de 17/02/2005 (fls. 41/42).

Com o dinheiro, adquiriu produtos de pequeno valor em estabelecimento comercial no ramo de alimentos (R$ 30,00 e R$ 6,00), e dentre as notas fiscais apresentadas, em duas delas detectou-se a ocorrência de adulteração, onde

Acesso ao Sumário

foram inseridos algarismos à esquerda da cifra já grafada, restando valor muito superior ao efetivamente gasto (R$ 130,00 e R$ 86,00 - fls. 27/28 e 35/36).

Em 14 de março de 2005 houve a prestação de contas ao Município, com a discriminação dos gastos efetivos, de cujo valor restou um saldo não utilizado de R$ 161,96, o qual foi devidamente restituído aos cofres do erário (fls. 37/38).

O laudo grafotécnico realizado (fls. 391/412) emitiu parecer conclusivo quanto à adulteração ocorrida nos referidos documentos: "*1) As duas notas fiscais em questão foram adulteradas em suas primeiras vias (vias que são entregues ao consumidor) em relação às respectivas segundas vias (vias que permanecem no estabelecimento de origem). Essas adulterações consistiram no aumento do valor originalmente declarado no documento através da aposição dos algarismos 1 ou 8 à esquerda da cifra que já estava grafada*".

Em que pese o resultado do exame, que apontou pela impossibilidade de determinar se tais adulterações realmente partiram do punho de Marcelo porque "*a gênese desses algarismos não foi encontrada nos padrões caligráficos do Sr. Marcelo*" e que esse fato, por si só, "*não descarta a possibilidade de que tais adulterações tenham partido do punho do Sr. Marcelo, uma vez que se trata de grafias utilizadas para complementar, de forma fraudulenta, uma cifra que já estava grafada*", o fato é que cabia ao requerido zelar pela destinação correta do valor que se encontrava sob sua responsabilidade. E como não bastasse, mesmo sabendo que as notas fiscais apresentadas estavam adulteradas, mesmo assim aprovou as contas, consoante demonstram os documentos de fls. 37/38.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece em seu artigo 4º que: "*os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos*".

Portanto, restou comprovado nos autos que o apelante requisitou e recebeu adiantamento em dinheiro para despesas em viagem, e para justificar os gastos, adulterou duas das diversas notas fiscais apresentadas; muito embora não tenha sido possível confirmar a autoria das adulterações, a perícia não descartou a possibilidade de que tais tenham partido do punho de Marcelo, uma vez que se tratam de grafias utilizadas para complementar, de forma fraudulenta, uma cifra que já estava grafada (fl. 400). O certo é que mesmo assim houve a aprovação das contas, restando, pois, demonstrada a prática do ato ímprobo.

A conduta sob análise, qual seja, desvio de dinheiro público, importou enriquecimento ilícito ao agente político por violação aos ditames do artigo 9º, incisos XI e XII, da Lei nº 8.429/92, que assim dispõe:

Art. 9º: Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades

Acesso ao Sumário

mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Patente, pois, a obrigação do requerido-apelante de ressarcir integralmente o prejuízo causado ao erário, sendo irrelevante, no caso em análise, o valor pouco significativo (de R$ 180,00), eis que cabia a ele zelar pela guarda da quantia e dar a sua devida destinação.

Neste sentido, corretamente, a r. sentença assentou:

"Muito embora o perito não tenha tido condições de aferir se a falsificação foi feita pelo próprio réu ou por terceira pessoa, na prática, isso pouco importa, pois independentemente de ter sido ele ou terceiro quem realizou a adulteração, ele era o responsável pela guarda do numerário e pela sua adequada utilização. Tinha o dever legal e moral de utilizar ou de somente permitir que terceiro utilizasse o dinheiro adiantado em pagamento de despesa verdadeira e que efetivamente beneficiasse o interesse público.

Entretanto, ficou demonstrado de forma cristalina que se o réu não adulterou pessoalmente a nota fiscal em comento, no mínimo não teve a diligência necessária para impedir que terceiro o fizesse, pois aceitou instruir a prestação de contas com uma nota fiscal falsificada e que nem ao menos continha descrição precisa da despesa efetuada, impossibilitando rastrear sua efetiva utilidade e pertinência com o serviço público.

Com efeito, o réu procurou exonerar-se de sua responsabilidade aduzindo que não usou pessoalmente o dinheiro adiantado e que teria sido um terceiro quem efetivamente se beneficiou da adulteração da nota fiscal".

(...)

Isso porque está claro que o réu requereu o adiantamento em nome próprio, tornando-se, assim, responsável pelo adequado uso do numerário, ou seja, deveria utilizar o numerário unicamente para as finalidades às quais estava destinado e de tudo exigir recibo e nota fiscal com descrição precisa da despesa analisada, a fim de possibilitar que no procedimento de prestação de contas se verificasse não somente o valor gasto, mas também a pertinência da despesa.

Foi o próprio réu quem assinou a nota fiscal e a prestação de contas, portanto, se não foi ele quem gastou o dinheiro, ao menos permitiu conscientemente a utilização de um documento inverídico, fabricado com a finalidade única de desviar verbas públicas em proveito particular".

Acesso ao Sumário

Tenho que, no caso *sub judice*, os atos praticados pelo réu importam em improbidade administrativa a ensejar a aplicação das penalidades cabíveis à espécie.

No tocante à aplicação das penalidades, o art. 12 da Lei nº 8.942/09 traz um elenco de sanções que podem ser aplicadas de forma alternativa ou cumulativa, e seu parágrafo único dispõe que "*na fixação das penas previstas na dita Lei de Improbidade Administrativa o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente"*.

À evidência, quando da sua aplicação, que não são obrigatoriamente cumulativas, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, devendo ser fixadas com base na extensão do dano causado, bem como no proveito patrimonial obtido pelo agente.

Ao contrário do que se alega na apelação, a cumulação das sanções está prevista na Constituição Federal em seu artigo 37, § 4º, que prevê nos casos de improbidade administrativa, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública.

E nessa toada, as penas ora impostas ao apelante, quais sejam, ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos por 8 anos (considerando que esta foi fixada no patamar mínimo), perda da função pública, pagamento de multa civil equivalente a três vezes o proveito patrimonial auferido (R$ 540,00) e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos, mostram-se razoáveis visto a gravidade dos atos ímprobos e, portanto, devem ser mantidas.

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença. O art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **não conheço do agravo retido e nego provimento** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0134469-62.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente), MARIA OLÍVIA ALVES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - AIIM - Utilização de cartelas de bingo sem o recolhimento da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos - TFSD, instituída pela LE 9.036/94 - Admissibilidade da cobrança - Competência do Estado para cobrar a referida taxa - Exercício do poder de polícia - Inexistência de confisco - Sentença de improcedência - Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

A r. sentença de fls. 170/175, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos opostos pela apelante à execução fiscal movida pela Fazenda do Estado, condenando-a ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 15% do valor atualizado do débito.

Irresignada, recorre a embargante, sustentando, em apertada síntese, que há ilegalidade e inconstitucionalidade da delegação da fiscalização dos bingos pela União Federal ao Estado de São Paulo; que a competência é exclusiva da União, conforme previsto na Lei 8.672/93; além do mais, há impossibilidade de tributar entidades desportivas, como a embargante, tendo em vista se tratar de entidade desprovida de interesses na obtenção de lucros em suas atividades sociais. Menciona jurisprudência e pede a concessão de liminar para suspensão

Acesso ao Sumário

da execução e, ao final, seja dado provimento ao recurso para extinção da execução.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

FUNDAMENTOS.

O recurso não comporta provimento.

A embargante foi autuada, em maio de 1997, em sua sede, à Rua Turiassu, 1840 - Perdizes, São Paulo, por infrações relativas ao não pagamento da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos - TFSD, instituída pela LE nº 9.036/94, porquanto teria adquirido e vendido cartelas de bingo, durante o ano de 1995, sem recolher a TFSD devida. Daí a inscrição do débito na Dívida Ativa e consequente ajuizamento da execução fiscal cobrando o valor da taxa de fiscalização e multa.

A irresignação da embargante, ora apelante, prende-se à questão da competência do Estado de São Paulo para legislar sobre os tributos relativos aos bingos, alegando que a competência é exclusiva da União.

Como já decidido nesta Corte, "*A atividade de bingo permanente estava regulada pela Lei Federal nº 8.672/93, que estabelecia o credenciamento das entidades de direção e prática desportiva perante as Secretarias da Fazenda dos Estados que normatizariam e fiscalizariam a realização desses eventos (art. 57, § 1º)*".

"*A Lei Estadual nº 7.645/91, que cuida da matéria, dispõe: 'A Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos é devida em virtude da utilização do serviço público ou em razão do exercício do poder de polícia' (art. 1º), sendo contribuinte do tributo 'a pessoa física ou jurídica que solicitar a prestação do serviço público ou a prática do ato decorrente da atividade do poder de polícia ou, ainda, por quem for o beneficiário direto ou do ato' (art. 4º)*".

"*Estabelece o artigo 7º que 'o recolhimento do tributo far-se-á antes de solicitada a prestação do serviço ou a prática do ato, sob exclusiva responsabilidade do contribuinte, na forma e nos prazos regulamentares'*".

"*Assim, para explorar a atividade de bingo permanente, a autuada deveria recolher a TFSD e solicitar, posteriormente, autorização da administração pública para imprimir e confeccionar as cartelas que utilizou, o que não fez*" (Apelação nº 259.238.5/9-00, 7ª Câmara, rel. Moacir Peres, j. 26/10/2009, v.u.).

A exigência do pagamento de taxa de fiscalização e serviços diversos decorre do exercício do poder de polícia pela Administração Pública Estadual.

Tal poder encontra-se definido no artigo 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*: "*Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de ato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do*

Acesso ao Sumário

mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

A autorização para realização de "bingo permanente", assim como a autorização para confecção de cartelas e o controle das atividades, através de balancetes comprobatórios e outros meios, constitui indiscutível ato de poder de polícia a que está sujeita a embargante.

O poder-dever do Estado de exercer poder de polícia sobre a atividade "bingo permanente" decorre da Lei Federal nº 8.672/93 que estabelece em seu artigo 57 que "*As entidades de direção e de prática desportiva filiadas a entidades de administração em, no mínimo, três modalidades olímpicas, e que comprovem, na forma de regulamentação desta lei, atividade e a participação em competições oficiais organizadas pela mesma, credenciar-se-ão na Secretaria da Fazenda da respectiva Unidade da Federação, para promover reuniões destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto, mediante sorteios de modalidade denominada bingo ou similar*".

"*§ 1º. O órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo*".

Por conseguinte, a Administração Pública, utilizando o exercício de regular poder de polícia, autuou a embargante, impondo-lhe a multa prevista no artigo 8º, da Lei 7.645/91.

Não há dúvida de que o Fisco agiu dentro da legalidade, respaldado pela legislação vigente, porquanto se trata de hipótese em que o contribuinte se portou ilicitamente, como já dito alhures, agindo em desacordo com a Lei Estadual nº 7.745/91 (com a redação dada pela Lei Estadual nº 9.036/94), ao confeccionar as cartelas de bingo sem a prévia autorização, *ex vi* do artigo 7º da primeira lei bandeirante, supra transcrita.

Portanto, afasta-se a alegação de incompetência do Estado para cobrar a referida taxa, tendo em vista o legítimo exercício do Poder de Polícia, que lhe foi conferido pelo artigo 57, § 1º, da Lei Federal nº 8.672/93 e artigo 1º da Lei Estadual nº 7.645/91.

Nesse sentido:

"*EMENTA - ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - Auto de Infração e Imposição de Multa - Confecção de cartelas de bingo sem o recolhimento da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos, instituída pela Lei Estadual nº 9.036/94 - Inadmissibilidade - Competência do Estado para cobrar a referida taxa - Exercício do poder de polícia - Inexistência de confisco - Sentença de procedência reformada - Recursos oficial e voluntário da FESP providos, prejudicado o do Advogado do autor*" (AC 457.935.5/3 - desta relatoria quando integrava a 5ª Câmara de Direito Público, j. 1.3.2010).

Acesso ao Sumário

"*EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - Auto de infração e imposição de multa - Penalidade aplicada em razão do início da venda de cartelas de bingo sem o recolhimento da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos (TFSD), instituída pela Lei Estadual nº 9.036/94 - Legalidade da sanção imposta - Competência do Estado para cobrar a referida taxa - Exercício do poder de polícia - Liminar concedida em sede de mandamus que apenas autorizava o exercício da atividade lotérica antes do desfecho do procedimento administrativo, mas não dispensava o pagamento prévio da referida taxa - Multa aplicada de acordo com a legislação em vigor - Inexistência de confisco - Sentença de procedência reformada - Reexame necessário e recurso fazendário providos*". (AC 0156674-45.2007 - Rel. Des. Leme de Campos, desta 6ª Câmara de Direito Público - j. 20/6/2011).

"*EXECUÇÃO FISCAL. OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Confecção de cartelas de bingo sem o recolhimento da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos TFSD, instituída pela Lei n. 9.036/94. Admissibilidade de sua cobrança. Hipótese em que a exigência do pagamento de taxa de fiscalização e serviços diversos decorre do exercício do poder de polícia pela Administração Pública Estadual. Afastamento da alegação de que a taxa é ilegal. Decisão mantida. Recurso não provido*" (AI 016813-25.2011 - Rel. Des. Vera Angrisani, 2ª Câmara de Direito Público, j. 26.7.2011).

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AIIM. CONFECÇÃO DE CARTELAS DE BINGO SEM O RECOLHIMENTO DA TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SERVIÇOS DIVERSOS TFSD, INSTITUÍDA PELA LEI Nº 9.036/94. ADMISSIBILIDADE DE SUA COBRANÇA. HIPÓTESE EM QUE A EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SERVIÇOS DIVERSOS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. LEGALIDADE DA TAXA COBRADA DO BENEFICIÁRIO DO ATO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM DIMINUTA PARTE, PARA SE REDUZIR O VALOR DA TAXA DE ACORDO COM LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MANUTENÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". (AC 0005480-57.2011 - Rel. Des. Amorim Cantuária - 3ª Câmara de Direito Público, j. 16.4.2013).

Escorreita, pois, a r. decisão guerreada, que merece subsistir por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0541828-27.2006.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes ROGÉRIO CAMARGO OLIVEIRA (E OUTROS(AS)), PAULO VITOR DE ASSIS e MARUO ISHIZAKI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.059)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), RICARDO DIP E PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público. Policiais civis condenados na esfera criminal pelo crime de falsidade ideológica. Subsunção do comportamento atribuído aos réus à previsão do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Desacolhimento dos agravos retidos tirados contra a decisão que indeferiu os pedidos de produção de prova oral. Sentença de procedência que se mantém. Recursos improvidos.

VOTO

I. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO moveu a presente Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa contra ROGÉRIO CAMARGO DE OLIVEIRA, PAULO VITOR DE ASSIS, MARUO ISHIZAKI e EMERSON DE ALMEIDA ALVES, com fulcro no artigo 11 da Lei federal nº 8.429, de 1992. Segundo consta, Maruo, na qualidade de Chefe dos Investigadores da Delegacia de Investigações Gerais - DIG de São José dos Campos, agindo em conjunto com os correqueridos Rogério e Paulo Vitor, investigadores de polícia, teriam praticado ato ímprobo e violado deveres funcionais ao acobertar ilícito praticado pelo também policial civil Emerson de Almeida Alves, que conscientemente vendera a terceiro veículo produto de ilícito patrimonial (roubo). Pediu a procedência da ação para que os requeridos sejam condenados às penas do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 793/800, cujo relatório fica adotado, julgou procedente o pedido para condenar os réus às seguintes penas: "*perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por três anos, pagamento de multa civil equivalente a uma vez o valor da remuneração percebida; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos*.".

Sobrevieram apelações de Rogério, Paulo Vitor e Maruo. Os dois primeiros, nas razões de fls. 804/831, preliminarmente reiteram o pedido de apreciação do Agravo Retido interposto a fls. 761/777, para que seja anulada a decisão interlocutória de fls. 750/752, reabrindo-se à defesa prazo para oitiva de suas testemunhas. Quanto ao mais, pedem a reforma integral da sentença, alegando, em síntese: a) a ocorrência de prescrição (artigos 268, IV, do CPC e 23 da Lei nº 8.429/92); b) que a condenação deve estar alicerçada em elementos que convençam da culpa dos acusados pelo evento; c) que o julgado alicerçou a prova exclusivamente em ação penal proposta contra os requeridos; d) que o recurso de apelação interposto contra a sentença penal condenatória ainda está pendente de julgamento; d) que "*não pode haver absolvição criminal e condenação civil, nem absolvição civil e condenação criminal, posto que não se pode dizer que alguém cometa crime contra a administração, não seja ímprobo, da mesma forma que não se diz ímprobo àquele que não cometeu crime contra a administração*." (fls. 815); e) que somente a condenação na esfera criminal, com trânsito em julgado poderia dar ensejo à caracterização de improbidade administrativa, tendo em vista que neste caso, a improbidade imputada aos requeridos subsume-se exatamente à prática de crime contra a Administração Pública, ou seja, a tipicidade civil e a tipicidade penal são idênticas e, portanto, devem ser idênticas as provas de existência do fato; f) que o boletim de ocorrência foi elaborado, com a apreensão e entrega do bem roubado ao seu dono; g) que na esfera administrativa, a equipe corregedora opinou pela absolvição dos réus (fls. 379/394); h) que os requeridos não conversaram com o chefe da unidade Maruo, mas diretamente com o Delegado de Polícia, nem constrangeram ou ameaçaram Caio de Oliveira Viana a mentir sobre a origem da "res"; i) que os "depoimentos mendazes" referidos na inicial, implicam necessariamente crime de falso testemunho, o que, contudo, não foi veiculado na denúncia criminal; j) que não restou caracterizado o delito de falsidade ideológica porquanto o boletim de ocorrência não é documento hábil a caracterizar o falso, e também porque Caio estava ali na condição de acusado, a quem a CF garante o direito de defesa, podendo falar, mentir ou calar-se, se assim quiser; k) que a suposta delação de Caio, poderia não ser verdadeira, demonstrando a necessidade de se prosseguir na investigação, a fim de que os indícios suficientes de autoria fossem seguramente esclarecidos. Em caráter alternativo, pede a suspensão

Acesso ao Sumário

do julgamento e a sua conversão em diligência para o fim de se aguardar a decisão da Seção Criminal na apelação nº 990.08.196545-3, atual 0196545-68.2008.8.26.0000.

Maruo, por sua vez, no arrazoado de fls. 837/857, reitera em preliminar o pedido de apreciação do Agravo Retido de fls. 778/785, para que seja anulada a r. sentença, "*estancando a prova flagrantemente ilícita produzida no processo e a declaração da prescrição consumativa da ação civil de improbidade*." (fls. 838). Quanto ao mais, assevera que: a) ocorreu a prescrição (artigos 268, IV, do CPC e 23 da Lei nº 8.429/92); b) o processo é nulo pela utilização de prova ilegal; c) a CF admitiu a quebra do sigilo das comunicações telefônicas única e exclusivamente para a instrução criminal, e não civil; d) não há nos autos nenhuma autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico; e) não consta dos autos a transcrição feita por peritos oficiais, bem assim o auto circunstanciado que contenha o resumo das operações realizadas e afetas à interceptação telefônica; f) o MP infringiu o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, pois pediu autorização para investigar a exploração de jogos de azar, porém passou a investigar outros fatos para os quais não tinha ordem judicial; g) o próprio interceptador transcreveu a gravação, sem a necessária perícia judicial e sem entranhar aos autos o original da gravação, possibilitando sua conferência pela defesa; h) foi declarado inocente pelo presidente da Unidade Processante da Corregedoria Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo; i) Caio afirmou que jamais foi constrangido, ameaçado ou pressionado pelos requeridos; j) nada há de falso no Boletim de Ocorrência; k) a simples inexistência do nome de Emerson e sua suposta co-autoria na receptação com Caio no Boletim de Ocorrência, não caracteriza o crime de falso, uma vez que fora feito, tão somente para fundamentar a apreensão de um veículo e o seu desapossamento de Caio, por se tratar de "res furtiva", não se afirmando que as investigações estariam encerradas ou que Emerson não seria investigado; l) não há crime de falso, seja porque o Boletim de Ocorrência é peça meramente informativa, seja porque, Caio ali estava na condição de acusado; m) a suposta delação de Caio, poderia não ser verdadeira, demonstrando a necessidade de se prosseguir na investigação, a fim de que os indícios suficientes de autoria fossem seguramente esclarecidos. Alternativamente, pede a suspensão do julgamento e a sua conversão em diligência para o fim de se aguardar a decisão da Seção Criminal na apelação nº 990.08.196545-3, atual 0196545-68.2008.8.26.0000.

Os apelos foram regularmente processados, com resposta do Ministério Público a fls. 863/880, e, nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo improvimento de todos (fls. 885/893). Este, em síntese, o relatório que se acrescenta do da r. sentença, no mais adotado.

II. Os recursos não comportam provimento.

O órgão ministerial moveu contra Rogério Camargo de Oliveira, Paulo

Acesso ao Sumário

Vitor de Assis, Maruo Ishizaki e Emerson de Almeida Alves a presente Ação Civil Pública, imputando-lhes a prática de ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 02.06.1992), dispositivo que soa: "***Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:*** (...)".

A teor do que se lê na inicial, em decorrência de concretas suspeitas obtidas por meio do GAERCO (Grupo de Atuação Especial para a Prevenção e Repressão ao Crime Organizado do Vale do Paraíba), foi instaurado inquérito policial para apurar graves condutas ímprobas imputadas aos requeridos. Segundo consta, no dia 17.09.2002, foi roubado o automóvel da marca Fiat, modelo Palio EDX, placas CKA-6489, pertencente a Guilherme Maciel Alves. Tempos depois, esse veículo, com as numerações do chassi e dos vidros adulteradas, além de ter as placas trocadas, estava na posse de Emerson de Almeida Alves, carcereiro policial que, plenamente sabedor da origem criminosa do veículo, recebeu-o em proveito próprio e o ocultou esperando encontrar alguém interessado em adquiri-lo. Em novembro de 2002, negociou o veículo com Caio Viana Oliveira, antigo conhecido de infância e vizinho. Ajustaram o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) e Caio foi advertido de que sempre deveria procurar Emerson quando fosse realizar o licenciamento anual. Em 03.02.2003, os requeridos Rogério e Paulo Vitor, investigadores de polícia, passaram defronte à residência de Caio e avistaram o veículo roubado, conferiram suas características e interrogaram informalmente o comprador, tomando a resolução de irem todos para a DIG (Delegacia de Investigações Gerais). Caio esclareceu que comprou o veículo de Emerson, e os investigadores, reservadamente acionaram Maruo Ishizaki, que à época era chefe dos investigadores, colocando-o a par da situação. Este, por sua vez, entrou em contato telefônico com Emerson, advertindo-o para que fosse à DIG antes da confecção dos atos oficiais (lavratura do Boletim de Ocorrência, termo de interrogatório etc.). Com a chegada de Emerson à sede da DIG, Caio foi coagido a mentir, de forma que nos registros oficiais constasse que a compra do veículo ocorreu numa feira do Parque D. Pedro I, de uma pessoa desconhecida de prenome André Luiz, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Por sua vez, Rogério e Paulo Vitor teriam prestado depoimentos falsos. Assim agindo, os réus enganaram a autoridade policial que presidia o inquérito policial, bem como o Ministério Público, tanto que a denúncia pela prática de receptação dolosa foi oferecida apenas contra Caio, ou seja, os requeridos Rogério, Paulo Vitor e Maruo preferiram conspurcar a probidade administrativa de seus cargos, em benefício de Emerson.

Acesso ao Sumário

Consta do ofício elaborado pelo representante do Ministério Público enviado ao Delegado Corregedor da Polícia Civil que: "*Durante as investigações*

levadas a cabo pelo Ministério Público sobre a participação de policiais com a exploração de jogos de azar nesta cidade, verificou-se que na ligação de 3/2/03, às 14:05h, Maruo conversou com 'Emerson', usuário do fone 12-9792-1165 (conversa 116). Trata-se de 'acerto', ou seja, corrupção passiva e ativa, que se fará para evitar instauração de investigação criminal contra Emerson." (fls. 24).

Inicialmente, examina-se os agravos retidos tirados pelos requeridos Rogerio, Paulo Vitor e Maruo contra a decisão de fls. 750/752 que indeferiu requerimentos de produção de prova oral, agravos reiterados nas razões de apelação (fls. 805 e 838). Nega-se-lhes provimento. Os elementos de prova acostados aos autos eram suficientes ao deslinde da causa, de sorte que não se fazia mesmo necessária ulterior dilação. Ademais, ao Juiz - destinatário da prova - compete determinar, à luz dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, aquelas provas úteis à instrução, afastando as que reputar desnecessárias ou simplesmente protelatórias, sem que desse mero comportamento possa derivar algum cerceamento de defesa. Portanto, **"*A decisão pela necessidade, ou não, de produção da prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção*"** (REsp 970.817/DF, 2ª Turma, Rel. o Min. CASTRO MEIRA, j. 04.10.07 in Apel. Cível nº 934.586-5/7-00, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. o Des. FRANCISCO VICENTE ROSSI, j. 26.10.09). Ainda: **"*Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 5. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada.*"** (STJ, Primeira Turma, AgRg no A.I. 939.737-MG, j. 06.03.2008, Rel. o Min. JOSÉ DELGADO).

Em seguida, aprecia-se a matéria de natureza preliminar elencada nas razões recursais.

Não há falar em prescrição. Como se lê da inicial, os fatos apurados teriam

Acesso ao Sumário

ocorrido em fevereiro de 2003 e a ação de improbidade foi ajuizada em 23 de setembro de 2005, muito antes do decurso do prazo quinquenal. "**A interrupção da prescrição**" - soa o artigo 219, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil - "**retroagirá à data da propositura da ação**". A demora no aperfeiçoamento da citação, a qual só veio a ocorrer em agosto de 2008, deveu-se à necessidade de se cumprir o procedimento preliminar de admissibilidade previsto no artigo 17, parágrafo 7º, da Lei 8.429/92, e à desconstituição de atos processuais praticados, em razão de nulidade. Na esteira do entendimento cristalizado na Súmula 106 do STJ, "***Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência***".

A propósito de casos semelhantes, assim tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "***No caso dos autos, a ação de improbidade administrativa foi ajuizada contra ex-prefeito, inequivocamente, no prazo quinquenal previsto no art. 23, I, da Lei 8.429/92, consoante expressamente reconhecido pelo Tribunal de origem. Assim, eventual demora no cumprimento da citação, em razão do próprio sistema dos serviços judiciais, não atrai a incidência da prescrição. Nesse sentido, a orientação da Súmula 106/STJ. '3. A interpretação do § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92 permite afirmar que a regra contida na norma é dirigida ao juiz, e não ao autor da ação, ou seja, a determinação da notificação do requerido para apresentação de defesa na ação de improbidade administrativa é atribuição do magistrado responsável pelo processo. Assim, o eventual descumprimento da notificação prévia não afeta o prazo prescricional da ação de improbidade administrativa. Nesse sentido, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte Superior, q.v., verbi gratia: REsp 619.946/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 2.8.2007, p. 439; REsp 680.677/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 2.2.2007, p. 381; REsp 750.187/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.9.2006, p. 207.***" (STJ, 2ª Turma, REsp 704.757-RS, j. 19.02.2008, Rel. o Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS).

"***PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. AJUIZAMENTO DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS (ART. 23, I, DA LEI Nº 8.429/92). CITAÇÃO VÁLIDA. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA DATA EM QUE OCORREU A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 17, § 7º DA LEI 8.429/92). PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.***" (STJ, 1ª Turma, REsp 696.223-RS, j. 19.02.2008, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

Não há falar em ilicitude da prova. Possível a utilização da interceptação telefônica obtida em processo criminal como prova emprestada em processos civis ou administrativos. Na hipótese em exame, a interceptação telefônica foi autorizada judicialmente, inicialmente com o objetivo de apurar o envolvimento

de policiais com a exploração de jogos de azar. No entanto, durante o desenrolar das investigações, apurou-se a ocorrência de outros delitos, que também passaram a ser investigados pela Corregedoria da Polícia Civil e pelo Ministério Público.

A esse respeito, colhe-se de precedente do Supremo Tribunal Federal a propósito de caso assemelhado: "***Se, de um lado, é certo que a interceptação telefônica é viabilizada tendo em conta persecução criminal, de outro, não menos correto, é que, surgindo dos dados levantados desvio de conduta do servidor, cabem as providências próprias, não se podendo cogitar da existência de elementos a consubstanciar prova ilícita. A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal - '(....) na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal' -, isso quanto à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não encerra blindagem a ponto de, constatada infração administrativa, não poder ser utilizado, no processo respectivo, o que veio à tona, o que foi detectado. Em síntese, tem-se, na previsão constitucional, a base para afastar-se o sigilo, e aí a reserva de aproveitamento não é absoluta. Trata-se de móvel para a interceptação, não expungida a referência constitucional à tomada de providências, considerado o que levantado.***" (1ª Turma, RMS nº 24.956-4/DF, j. em 09.08.2005, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO).

E deste Tribunal de Justiça:

"***A jurisprudência pátria como parte considerável da doutrina tem admitido, em alguns casos, a utilização, na esfera extrapenal, da prova obtida em interceptação telefônica.***

O valor protegido pelo legislador constitucional foi a intimidade e, considerando que esta seja legalmente violada nas hipóteses autorizadoras, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal e da Lei nº 9296/96, o uso da interceptação telefônica não está restrito ao processo a qual foi obtida, podendo haver o empréstimo da prova para fins civis ou administrativos.

Destaca-se o posicionamento esposado por Antônio Scarance Fernandes extraído do livro 'Leis Penais e Processuais Penais Comentadas' de Guilherme de Souza Nucci - 4ª ed. - 2009 - às fls. 769: 'Mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível, pois a Constituição não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal. O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não-criminais. Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional'.

Acesso ao Sumário

Assim, a utilização emprestada da interceptação telefônica obtida em procedimento penal não viola o texto constitucional, podendo ela fazer parte do conjunto probatório para a apuração na ação civil pública de atos de improbidade administrativa." (15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Cível nº 0469376-62.2010.8.26.0000, j. em 28.07.2011, rel. o Des. J. MARTINS).

Na esfera criminal, os réus Rogério, Paulo Vitor e Maruo foram condenados à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além de 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no piso legal, bem como foi declarada a perda do cargo de policiais civis a todos os condenados, por infração aos artigos 299, parágrafo único (falsidade ideológica), e 319 (prevaricação), c.c. os artigos 29 e 69, todos do Código Penal. Em grau de recurso, foi dado parcial provimento ao apelo para julgar extinta a punibilidade dos réus, por força da prescrição retroativa, a teor dos artigos 107, IV, c.c. 109, VI e 110, § 1º, todos do Código Penal, no tocante ao delito previsto no artigo 319 do Código Penal, mantida a sentença, quanto ao mais (15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº 990.08.196545-3, atual 0196545-68.2008.8.26.0000, j. em 12.08.2010, Rel. o Des. EDISON BRANDÃO).

Em sede de recurso especial no Egr. Superior Tribunal de Justiça, foi proclamada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, também no que respeita ao delito de falsidade ideológica (CP, art. 299, parágrafo único). Assim decisão monocrática da Min. Marilza Maynard (convocada do TJSE), da qual se decota o trecho seguinte (Recurso Especial nº 1.309.531-SP): **"Verifica-se que o recurso especial encontra-se prejudicado. Colhe-se dos autos que os recorrentes foram condenados à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão pela prática do delito descrito no art. 299, parágrafo único do Código Penal. A sentença foi publicada no dia 7 de novembro de 2008 (fl. 952). Tendo por base a pena imposta de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, c/c o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal. Considerando que houve o transcurso de mais de 04 (quatro) anos entre a publicação da sentença - último marco interruptivo - e a presente data, deve ser reconhecida e declarada a prescrição da pretensão punitiva, também quanto ao crime do art. 299, parágrafo único, do Código Penal, na modalidade superveniente, por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício e em qualquer grau de jurisdição. Nesse sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. 1. [...] 2. Constatado**

Acesso ao Sumário

o transcurso do lapso de mais de 2 (dois) anos desde a publicação da sentença condenatória, último marco interruptivo, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 109, inciso VI, c/c o 110, § 1º, ambos do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido, contudo, reconhecida, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal. (AgRg REsp 1.199.886/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 04/03/2013). Dessa forma, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, ficam prejudicados os pedidos dos recorrentes, pela perda superveniente do objeto do recurso, nada mais havendo, portanto, a ser aqui examinado. Ante o exposto, de ofício, reconheço e declaro a prescrição da pretensão punitiva na ação penal de que aqui se cuida e, nos termos do art. 34, XI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, julgo prejudicado o recurso especial. Dê-se ciência ao Tribunal de origem e ao Juiz de primeiro grau. Publique-se. Intime-se. Brasília, 1º de agosto de 2013. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) Relatora"

O fato de se ter por extinta a punibilidade dos ora recorrentes na esfera criminal em nada interfere com a solução da presente ação civil pública por ato de improbidade, diante da consabida independência entre as esferas civil (ou, neste caso, administrativa) e criminal. Prevalece a regra da independência entre as instâncias. Como se sabe, ***"... o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime.***" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", Ed. Atlas, 19ª edição, 2006, pág. 593). Trata-se de princípio cediço na construção jurisprudencial:

"Mandado de segurança. - São independentes as instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria. Precedentes do S.T.F. Mandado de segurança indeferido, cassando-se a liminar concedida." (STF, MS 22.438/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES)

"O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada." (STF, MS 23.188/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - grifei).

A lei processual penal vigente, aliás, é expressa ao prever que em nada interfere com a propositura da ação civil a decisão criminal declaratória da extinção da punibilidade ("*Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: (...) II - a decisão que julgar extinta a punibilidade*"). E não é outra

Acesso ao Sumário

a dicção do "caput" do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429, de 1992).

Por essa mesma razão, plenamente válida continua a utilização da prova oral emprestada coligida no processo criminal. Esses elementos sinalizam de maneira segura e induvidosa a responsabilidade dos requeridos. Como se colhe do V. Aresto da C. 15ª Câmara Criminal desta Corte, da lavra do Des. EDSON BRANDÃO, acima referido: "*... a prova é absolutamente tranquila no sentido de que os investigadores Rogério e Paulo Vitor detiveram Caio com um veículo de origem criminosa, deixando de constar ali que o veículo foi vendido a ele por Emerson. Ora, é evidente até para leigos que tal fato era de extrema importância, ainda mais porque envolvia um policial como vendedor da res, que tinha origem criminosa, não se imaginando como se possa entender que tal fato não fosse relevante para que se constasse logo no boletim de ocorrência. Seria ingenuidade supor que os réus não constaram tal fato apenas por amor à técnica policial. Antes, evidentemente isto não constou por manobra criminosa deles, que buscava auxiliar a um colega policial que havia praticado, em tese, um delito, pelo que mais uma vez correta a r. sentença. Frise-se que até mesmo a expressão 'caiu a casa de novo' foi usada por Emerson para Maruo, o que demonstra o absoluto desrespeito à lei por parte dos réus, que incrivelmente eram policiais. Aliás, em momento algum a Defesa explica o porquê de tal conversa, não se imaginando que isso possa ser considerado normal. Frise-se, ainda, que a conduta omissiva foi tão relevante, que os fatos começaram a ser desvendados apenas após uma escuta telefônica judicialmente autorizada. Vale dizer, a conduta dos réus foi tão eficaz que quase um crime gravíssimo ficou impune, fato este, mais uma vez, que não pode ser aceito como normal em nenhum estado democrático de direito. A Defesa chega a mencionar, contraditoriamente, que o réu Maruo 'tentou buscar de Emerson uma confissão' fls. 898, o que soa inacreditável, já que sequer o nome de Emerson foi lançado no boletim de ocorrência, sendo teoria por demais ingênua que tal 'convencimento' tivesse ocorrido.*"

Acesso ao Sumário

E a r. sentença da lavra do Dr. Luiz Guilherme Cursino de Moura Santos efetuou detida e correta análise da prova. Concluiu de maneira categórica (fls. 799): "***Emerson, revel na presente ação, recebeu um veículo produto de crime, sabedor de sua origem ilícita, e o vendeu a Caio Viana. Ao ser comunicado, por Maruo, que o veículo havia sido apreendido e que o adquirente estava na Delegacia, lá compareceu e induziu Caio a narrar que havia comprado o carro numa feira do Parque Dom Pedro, de um indivíduo de prenome André Luiz. Rogério, Paulo Vitor e Maruo conspurcaram a probidade administrativa de seus cargos, em benefício de Emerson. Rogério e Paulo Vitor por silenciarem a respeito do fato de terem sido informados, por Caio Viana, que o veículo produto de roubo havia sido adquirido de Emerson. Maruo por ter impulsionado Emerson***

a comparecer à Delegacia para que ele interviesse junto a Caio Viana e evitasse que ele narrasse a verdade, o que poderia culminar com a incriminação do próprio Emerson".

É o quanto basta a amparar a procedência da pretensão aqui deduzida pelo órgão do Ministério Público.

Foi bem reconhecida, destarte, a prática dos atos de improbidade administrativa, não se tendo dúvida de que o comportamento dos requeridos, tal como delineado nos autos, feriu fundamente os princípios e deveres que o legislador buscou proteger ao tipificar os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11 da Lei 8.429/92).

As sanções foram aplicadas de forma adequada, em seu patamar mínimo. Não se vislumbra, portanto, reparo a lançar à r. sentença, que merece subsistir.

III. Pelo exposto, negam provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0130071-47.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por V.U. negaram provimento aos recursos e reformaram, *ex officio*, o percentual estabelecido para os juros moratórios, nos termos do acórdão.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16539)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação anulatória de débito fiscal c.c. repetição de indébito. IPTU - Progressividade - Lei municipal posterior à Emenda Constitucional nº 29/00 - Compatibilidade com a Lei Maior. Ausência de afronta aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Alteração do padrão da construção do imóvel da autora - do padrão D para o padrão C, do tipo 5 (industrial) - conforme Tabela V da Lei

Acesso ao Sumário

Municipal nº 10.235/86, haja vista seu equivocado enquadramento. Valor venal apurado pela perícia bem menor que o apurado pelo Município pela utilização da Planta Genérica de Valores. O fato de a PGV achar-se defasada só pode ser corrigido pela edição de lei e não pode ser obstáculo à pretensão do contribuinte de ter seu imóvel corretamente enquadrado nos padrões de construção legalmente estabelecidos. Sucumbência recíproca corretamente fixada. A determinação de produção de novos lançamentos é consequência lógica do acolhimento do pedido da autora quanto à correção da base de cálculo do imposto. Percentual de juros de mora reformado. Nega-se provimento aos recursos e reforma-se *ex officio* o percentual estabelecido para os juros moratórios, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação anulatória de débito fiscal c.c. repetição de indébito ajuizada por **Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda.** em face do **Município de São Paulo** e determinou a restituição dos valores pagos a maior a título de IPTU dos exercícios de 2003 a 2006, corrigidos desde o pagamento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado (fls. 676/688).

Sustenta a autora a inconstitucionalidade da cobrança do IPTU progressivo, da EC nº 29/00 e da Lei Municipal nº 13.250/01; o IPTU é imposto real e, portanto, não permite a utilização de alíquotas progressivas; o princípio da capacidade contributiva só é aplicável aos impostos pessoais; a progressividade ofende ainda o princípio da isonomia (fls. 696/723).

O Município, em seu recurso, insurge-se quanto à parte da sentença que determinou a reformulação dos lançamentos fiscais com a adoção do padrão 5-C para o imóvel da autora. Aduz que, mesmo que mantida a adoção do padrão anteriormente utilizado (5-D), o valor venal do imóvel apurado pela fiscalização tributária ainda é menor que o valor de mercado do bem. Assim, o pedido da autora também não deveria ter sido acolhido neste ponto. Impugna ainda a distribuição equânime dos ônus da sucumbência, vez que sucumbente em menor parte, bem como quanto à determinação de que proceda a novos lançamentos do IPTU, providência que sequer fora pleiteada pela autora (fls. 728/739).

Contrarrazões pela contribuinte a fls. 746/750.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Acesso ao Sumário

A autora ingressou com a presente ação visando a revisão dos lançamentos, bem como a repetição dos valores pagos dos exercícios de 2003 a 2006 referentes ao IPTU e taxas de limpeza pública, conservação de logradouros públicos e combate a sinistros. Sustentou a inconstitucionalidade da adoção de alíquotas progressivas, bem como a incorreção da base de cálculo, pelo enquadramento do imóvel no padrão de construção 5-D e pela incorreção da área constante do cadastro municipal.

Na sentença, o juiz acolheu as preliminares de falta de interesse da autora em relação às taxas, que já não eram cobradas desde 1999, e de litispendência quanto à progressividade das alíquotas dos exercícios de 2003 e 2004. No mais, reconheceu a constitucionalidade do imposto progressivo quanto aos exercícios de 2005 e 2006, mas determinou fossem realizados novos lançamentos tributários, com a observância do padrão de construção 5-C e, para o exercício de 2003, com a exclusão da área de 1.340,64 m², objeto de apossamento administrativo.

Sabe-se que a Constituição Federal, desde sua entrada em vigor, já permitia a instituição do IPTU progressivo no tempo, com o objetivo de assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. Esta progressividade, como se vê, tem função extrafiscal e decorre da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 4º, II, CF).

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional nº 29/00 (art. 156, § 1º, CF), passou-se a admitir a progressividade em razão do valor do imóvel, bem como a instituição de alíquotas diferenciadas de acordo com sua localização e seu uso.

No caso em apreço, a Lei Municipal (nº 13.250) que instituiu a progressividade foi editada em 2001, ou seja, após a entrada em vigor de aludida Emenda Constitucional. Portanto, é compatível com a Lei Maior.

Não obstante, há quem sustente a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional, sob os seguintes argumentos: I) o princípio da capacidade contributiva, cuja progressividade serve de instrumento para realizá-lo, seria cláusula pétrea e não se aplicaria aos impostos reais; II) a progressividade em razão do valor do imóvel feriria o princípio da isonomia, pois colocaria em situação privilegiada o proprietário de vários imóveis de pequeno valor cada um, em detrimento do proprietário de um único imóvel de valor mais expressivo.

No entanto, conforme os ensinamentos de Hugo de Brito Machado[1], a tese é inconsistente. Com muita propriedade, afirma o insigne tributarista que "*(a) não existe na Constituição Federal de 1998 qualquer vedação ao emprego do princípio da capacidade contributiva em relação aos impostos reais, mas muito pelo contrário, nela existe norma expressa que o preconiza; (b) se existisse tal vedação, ela não consubstanciaria cláusula pétrea, porque não constituiria um direito fundamental, mas uma redobrada e flagrante injustiça;*

1 Comentários ao Código Tributário Nacional, Volume I, 2ª edição, págs. 378/378 e 384.

Acesso ao Sumário

(c) a progressividade, embora seja instrumento de realização do princípio da capacidade contributiva, pode ser utilizada também com a finalidade de desestimular a concentração da propriedade imobiliária, que é a função diversa da realizada pelo princípio da capacidade contributiva". No tocante ao princípio da isonomia, "*o proprietário do imóvel de valor elevado geralmente dele desfruta, ocupando-se como residência. E quando o aluga, e assim transfere, mediante cláusula contratual, o ônus do imposto ao locatário, este é pessoa de elevada capacidade contributiva. Já o proprietário dos vários imóveis, sejam casas, lojas, unidades autônomas destinadas à locação, geralmente consegue transferir, mediante cláusula do contrato de locação, o ônus do imposto para o respectivo locatário. Assim, em face da repercussão jurídica, via contrato de locação, o imposto termina sendo suportado pelos locatários que, em se tratando de imóveis de pequeno valor, geralmente têm menor capacidade contributiva do que o proprietário, e do que o locatário de imóveis de elevado valor. Termina sendo, portanto, a progressividade do IPTU um instrumento de realização do princípio da capacidade contributiva, que não contraria de nenhum modo o princípio da isonomia.*"

Ademais, o Colendo Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária realizada em 25/05/11, analisando caso análogo em que se discutia a incompatibilidade da Lei Municipal nº 13.250/01, manifestou-se no sentido da constitucionalidade da exação, em acórdão assim ementado:

> NULIDADE - JULGAMENTO DE FUNDO - ARTIGO 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
>
> (...)
>
> IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - PROGRESSIVIDADE - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 - LEI POSTERIOR. Surge legítima, sob o ângulo constitucional, lei a prever alíquotas diversas, presentes imóveis residenciais e comerciais, uma vez editada após a Emenda Constitucional nº 29/2000 (RE 586.693-SP - Relator Min. Marco Aurélio).

Logo, era mesmo de rigor a improcedência da ação quanto a este ponto.

No tocante à alegação de que o valor venal do imóvel apurado pela Planta Genérica de Valores já é menor que seu valor de mercado, insta consignar que não é essa a causa de pedir da contribuinte.

Com efeito, da leitura da petição inicial, depreende-se que a autora pretende a revisão do lançamento por dois motivos: *i)* o padrão de construção utilizado não é o correto; *ii)* a área do terreno constante do cadastro municipal é maior que a realmente existente.

Tais alegações foram comprovadas pela prova pericial produzida (fls. 488 e 494).

O fato de a Planta Genérica de Valores achar-se defasada na época dos fatos geradores (2003 a 2006) só pode ser corrigido pela edição de lei e não

Acesso ao Sumário

pode ser obstáculo à pretensão do contribuinte de ter seu imóvel corretamente enquadrado nos padrões de construção legalmente estabelecidos.

Também não merece reparo a distribuição dos ônus da sucumbência. Embora a autora tenha sucumbido em maior parte em relação ao número de pedidos formulados, a vantagem econômica auferida pela parcial procedência da ação autoriza a distribuição em partes iguais dos ônus sucumbenciais.

Ademais, a determinação da produção de novos lançamentos tributários é consequência lógica do resultado do julgamento da lide, uma vez que se trata de atividade que deve ser efetivada pela administração tributária. Outrossim, não é possível por mero cálculo aritmético aferir qual o valor devido. Destarte, impõe-se a reformulação dos lançamentos fiscais observado o quanto decidido nesta ação no tocante à base de cálculo.

No tocante aos juros de mora - matéria de ordem pública, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.068.197-SP) -, seu percentual deverá corresponder àquele da lei vigente na época da caracterização da mora (trânsito em julgado), "em consonância com o entendimento de que as normas que regem os consectários da condenação têm apenas caráter instrumental (natureza processual), razão pela qual são devidos conforme as regras estipuladas pela lei vigente à época de sua incidência" (STJ, REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 19.10.2011).

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça *(EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006).*

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos e reforma-se *ex officio* o percentual dos juros de mora, nos termos consignados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022091-97.2004.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado MOACYR THEODORO DE CARVALHO, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário e deram provimento ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.499)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação revisional de lançamento tributário. IPTU - Exercício de 2004. Valor venal de lançamento que deve espelhar o valor real de mercado do imóvel. *Quantum* apurado acima do valor de mercado, conforme detalhado laudo pericial. Redução do valor de lançamento do IPTU que deve ser mantido. Recurso Adesivo. Verba honorária. Majoração do valor diante da complexidade da causa. Ponderação dos critérios do § 3º, do art. 20, do CPC. Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos, e provido o adesivo.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela **Prefeitura Municipal de Campinas** contra r. sentença de fls. 286/288 que julgou parcialmente procedente ação anulatória de IPTU do exercício de 2004 c.c. pedido revisional de lançamento do IPTU e anulação dos valores lançados a título de Taxa de Coleta e Remoção de Lixo e Taxa de Combate a Sinistro, ajuizada por **Moacyr Theodoro de Carvalho**, para determinar, tão somente, a redução do valor do IPTU do exercício de 2004, considerando o valor venal do imóvel de R$ 1.727.222,38. Condenou a Municipalidade às custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 1.000,00.

Inconformada, apelou a Municipalidade (fls. 292/297) alegando, que: a) o valor venal do imóvel é aquele que o bem alcança para compra e venda à vista; b) existe desde 1994 lei municipal regulando o mapa de valores de terrenos, valor do metro quadrado de terreno e construção, tabelas de desconto sobre o valor do IPTU, tabelas de classificação de imóveis, sempre observando critérios para avaliação de cada imóvel, de acordo com o valor de mercado; c) o Código Tributário Municipal (LC n.º 5.626/85) regula o assunto nos arts. 21 e 25, determinando seja observado o mapa de valores; d) há Comissão Municipal de Valores Imobiliários constituída pelo Decreto Municipal n.º 10.368/91, o qual dispõe sobre o Mapa de Valores Imobiliários; e) a determinação do valor venal leva em conta fatores valorizantes e desvalorizantes, além dos critérios de cálculo estabelecidos no art. 1º, § 1º, da Lei Municipal n.º 9.927/98; f) a Lei Municipal n.º 10.334/99 alterou dispositivos do CTM, determinando a

Acesso ao Sumário

unificação da alíquota do IPTU de 3% para todas as categorias de imóveis; g) o ato de lançamento é plenamente válido, em consonância com o art. 5º, inc. XXXVI, da CF, e art. 6º da LICC c.c. art. 142, do CTN e legislação municipal vigente. Requer provimento ao recurso.

O autor interpôs recurso adesivo pleiteando a majoração dos honorários advocatícios, pois a condenação em R$ 1.000,00, não está em consonância com as alíneas a, b e c do parágrafo 3º, do art. 20, do CPC, não remunerando de forma condigna o trabalho realizado pelo patrono do autor, haja vista que corresponde tão somente a 2% do valor da causa. Requer provimento ao recurso (fls. 301/307).

Os recursos foram recebidos (fls. 300 e 312) e processados, apresentadas tão somente contrarrazões ao apelo (fls. 309/311).

O caso comporta reexame necessário nos termos do art. 475, inc. I e § 2º, do CPC.

É o relatório.

O apelo da Municipalidade cinge-se à questão do valor venal de lançamento do IPTU para o exercício de 2004.

O autor, **Moacyr Theodoro de Carvalho**, ajuizou ação anulatória de lançamento de IPTU do exercício de 2004 c.c. pedido de revisional de lançamento desse tributo e anulação dos valores lançados a título de Taxa de Coleta e Remoção de Lixo e Taxa de Combate a Sinistro, do imóvel de sua propriedade situado à Rua Domingos Cazzoti, 350, Jd. Santa Genebra, cadastrado na Prefeitura Municipal sob o n.º 3252.63.15.0460.01001, registrado sob a matrícula de n.º 70.383 (fls. 20/21).

Aduziu o apelado, na exordial, em resumo, que o enquadramento de seu imóvel para fins de lançamento do IPTU **no Padrão C2.7** está incorreto, pois se trata de barracão destinado a depósito e não de imóvel de "alto padrão". Aduz que o valor venal atribuído pela Municipalidade ao imóvel no exercício de 2004 está totalmente equivocado, pois a alíquota praticada varia sem qualquer parâmetro com a lei, haja vista que em 2002 a alíquota praticada era de 2,4810%, quando a lei determinava 3,0%.

Relata, ainda, que se trata de um barracão destinado a depósito atacadista simples, ocupando cerca de 90% da área total do terreno lançada com 2.250,00 m², sendo que a lei determina ser a área predominante que impõe o padrão do imóvel, de modo que o correto enquadramento seria no **"Padrão D"**, com gradação menor (D 1.5), pois o que predomina é área sem edificação.

Ante a tecnicidade da questão posta, foi designada prova pericial, tendo a jurisperita apresentado laudo de fls. 248/263, elaborado por meio de "método comparativo, que levou em consideração pesquisa junto a jornais, imobiliárias, *internet* e as últimas transações envolvendo imóveis semelhantes na região,

Acesso ao Sumário

além de considerar o custo unitário básico de Construção no Estado de São Paulo, divulgado pelo Sinduscon/SP, para o ano de 2003 (ano utilizado para cálculo do IPTU)" (fls. 252/253).

Após comparar os dados obtidos por meio de jornais, imobiliárias, *internet* e as últimas transações envolvendo imóveis semelhantes na região, com aqueles fornecidos pelo Sinduscon, a conclusão foi a de que "o valor de mercado encontrado é de R$ 1.727.222,38 e o valor venal oficial é de R$ 2.481.103,80, portando (sic) apresenta uma diferença de R$ 753.881,42 (30,38%)" e que o valor real de mercado, por metro quadrado, é de R$ 900,58.

O IPTU tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, conforme disposto no art. 33, do CTN. Segundo Aires F. Barreto**, "Em resumo, valor venal do imóvel, ou valor de mercado, é o preço ajustado em condições normais, por comprador e vendedor bem informados, quando estiverem examinando o caso de um imóvel recém-transacionado. Todavia, os imóveis não estão, todos, ou sequer a maioria à venda. Daí por que, genericamente, o valor venal do imóvel nada mais será que um valor provável que se obterá, em transação à vista, em mercado estável e estando comprador e vendedor bem informados sobre a utilidade. Valor venal é, pois, o 'valor provável' que o imóvel atingirá, diante de transação à vista e de mercado imobiliário estável."**[1]

Assim, tendo em vista as constatações da jurisperita de que o valor venal lançado pela Municipalidade **(R$ 2.481.103,80)** não é compatível com o valor real de mercado do imóvel **(R$ 1.727.222,38)** andou bem a r. sentença em determinar a redução do valor venal do imóvel.

No que toca ao recurso adesivo do autor, que se restringe a pedido de majoração da verba honorária, merece acolhimento o pleito.

De fato, a condenação em R$ 1.000,00 (um mil reais) não remunerou bem os patronos da causa, considerando-se o grau de complexidade da demanda e a necessidade de dilação probatória, com a produção de laudo pericial. Dessa forma, tenho que a remuneração condigna deve ser fixada em R$ 7.000,00 (sete mil reais), nos termos do nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC, corrigidos a partir desta decisão.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso adesivo para majorar a verba condenatória para R$ 7.000,00 (sete mil reais), nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC, e **nego provimento** ao apelo da Municipalidade e ao reexame necessário, mantendo a r. sentença, no mais, tal como prolatada.

Acesso ao Sumário

1 BARRETO. Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. Ed. Saraiva - SP, 2009, p. 209

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002255-86.2011.8.26.0246, da Comarca de Ilha Solteira, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHA SOLTEIRA e ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Apelação cível - Idosos em situação de risco - Fornecimento de energia elétrica no projeto "rocinha familiar" instituído pela Municipalidade - Possibilidade, haja vista que os idosos possuem graves problemas de saúde, bem como o fornecimento de energia elétrica compõe o mínimo existencial para que a pessoa idosa possa viver com dignidade - Inteligência do disposto nos arts. 8º, 9º e 15, § 2º, do Estatuto do Idoso - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Ilha Solteira e da Elektro Eletricidade e Serviços S/A, objetivando que os réus sejam compelidos a fornecerem energia elétrica ao casal José Gomes da Silva e Ana de Oliveira Santos, em razão de serem idosos, portadores de graves problemas de saúde, inclusive respiratórios, para os quais precisam de inalação constante.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida "a quo" (fls. 24/33) e mantida "ad quem" (fls. 142/146).

A sentença, prolatada pelo MM. Juiz Carlos Eduardo Santos Pontes de Miranda, julgou improcedente o pedido, revogando a antecipação outrora deferida. Determinou, ainda, que o Ministério Público arcasse com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, não arbitrando para este último

Acesso ao Sumário

qualquer valor (fls. 157/160).

Apela o Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 167/181). Sustenta, em síntese, que os idosos têm direito ao fornecimento de energia elétrica em seu lote; que existem lotes com energia e outros não; que não há isonomia no tratamento despendido pela Concessionária e pela Municipalidade no que se refere aos lotes; que os idosos estão no local desde 1984, muito antes da instalação de qualquer projeto municipal para o local; que eles possuem graves problemas de saúde; que o inalador de uso contínuo necessita de energia elétrica para o seu funcionamento, o que evitaria o deslocamento até o posto de saúde local; que o estatuto do idoso dá amplo sustentáculo jurídico à causa de pedir próxima; e traz jurisprudência e dispositivos legais em seu favor. Pugna, ao final, pela reforma integral da sentença.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 182). Foram apresentadas contrarrazões (fls. 184/191 e 192/194).

Em parecer, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso, exclusivamente para excluir a condenação do Ministério Público em verba honorária, custas e despesas processuais (fls. 198/201).

É o relatório do essencial.

As preliminares arguidas não merecem prosperar. O pedido é juridicamente possível, posto que encontra pálio no ordenamento jurídico pátrio, conforme se infere da casa de pedir próxima e remota exposta na vestibular. Ademais, a Municipalidade, responsável primeira pelo loteamento em questão, deve arcar com as conseqüências jurídicas de suas decisões políticas, sendo, portanto, parte legítima para constar do polo passivo da demanda. Superadas as preliminares, passa-se ao mérito.

José Gomes da Silva e Ana de Oliveira Santos formam um casal de idosos, residentes no bairro conhecido como "rocinha familiar", lote Q, nº 43, desde 1984 (fls. 14 e 15). O loteamento, que possui mais de 370 lotes, foi regulamentado em 2003, por meio da lei municipal nº 1069/03, para que pequenos agricultores realizassem atividades agrícolas de subsistência (fls. 97/101).

Ocorre que, como muitas das famílias já residiam no local, como o caso destes autos, isso agregado à falta de fiscalização da Municipalidade, muitos se instalaram com o novo projeto e outros tantos permaneceram em caráter definitivo nos lotes. Alguns lotes receberam energia elétrica, entretanto, a maioria deles não recebeu, o que acarretou, inclusive, à instauração do inquérito civil nº 30/2007. Constatou-se, então, que alguns lotes estavam em área de APP (área de preservação permanente) e outros em área de servidão (transmissão de energia).

Restou incontroverso nos autos que o lote Q não está em APP ou servidão. Ademais, é de conhecimento notório que incontáveis são os locais inapropriados

à fixação de residências (encostas, várzeas, etc.), no entanto, elas efetivamente existem, e, em regra, são abastecidas com energia elétrica.

Importante destacar que a presente demanda não versa acerca de eventuais irregularidades na moradia do casal de idosos, nem mesmos se a Companhia Elektro está cumprindo ou não às determinações da ANEEL. O feito objetiva, tão somente, tornar efetivos direitos constitucionais, quais sejam o direito à saúde e dignidade de idosos em situação de risco.

O argumento de que a resolução nº 414/2010 da ANEEL impede a ligação da energia elétrica no lote não merece prosperar. É de conhecimento notório, conforme já dito acima, que em inúmeras regiões do Estado de São Paulo existem loteamentos irregulares (favelas, ocupações, etc.) com energia elétrica. Portanto, ainda que o loteamento fosse irregular, teriam direito ao fornecimento de energia elétrica, por paralelismo e isonomia.

De acordo com o Estatuto do Idoso, lei nº 10.741/03, os idosos têm direito a um envelhecimento saudável e em condições de dignidade, a saber:

TÍTULO II

Dos Direitos Fundamentais

CAPÍTULO I

Do Direito à Vida

Art. 8º. O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º. <u>É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa</u> a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam <u>um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.</u>

(grifos nossos)

Por óbvio, referida dignidade é composta pelo fornecimento de serviços públicos básicos. Dessa forma, os idosos têm direito a uma habitação digna, recebimento de água potável, energia elétrica, acesso à saúde e ao transporte público.

Cediço que o fornecimento de energia elétrica compõe o mínimo existencial para que a pessoa idosa possa viver com dignidade. Tanto a Municipalidade quanto a Concessionária devem garantir este acesso por meio de esforço conjunto para expansão e aperfeiçoamento do serviço.

O contrato de "permissão gratuita de uso de lote" colacionado às fls. 51/53 pela Elektro, como ela mesma frisou, sequer é do lote pertencente a José Gomes da Silva e sua esposa, mas sim de José Gomes Brito, que não faz parte do feito, portanto, inexistem cláusulas contratuais oponíveis ao pedido ora formulado. Ainda que assim não fosse, eventuais cláusulas contratuais que afastem àqueles já mencionados direitos mínimos não podem subsistir, sendo nulas de pleno

Acesso ao Sumário

direito.

Mas não é só. O debate envolve também o direito à saúde, idosos em situação de risco, conforme comprovam os documentos de fls. 21/23. O direito à saúde também está respaldado no Estatuto do Idoso:

CAPÍTULO IV

Do Direito à Saúde

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

(...)

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Por tudo, forçoso reconhecer que a ação é mesmo procedente.

Independentemente da interposição de recursos, a energia elétrica ora debatida deve ser instalada no lote em questão no prazo de 10 dias úteis, contados da publicação deste acórdão, sob pena de multa de R$ 10.000,00 por dia de atraso, a contar do 11º dia, até o limite de R$ 500.000,00.

Em atenção aos princípios da causalidade e da sucumbência, os réus arcarão, solidariamente, com eventuais custas e despesas processuais, ficando isentos de honorários advocatícios, haja vista que a ação foi promovida pelo Ministério Público. Nesse sentido:

Processo: REsp 1401848/PR

RECURSO ESPECIAL: 2013/0296631-1

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 24/09/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/10/2013

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS DE PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Assim como ocorre na ação civil pública, o Ministério Público não faz jus ao recebimento de honorários de sucumbência quando vitorioso na demanda proposta contra o Estado, para assegurar direitos previstos no Estatuto do Idoso.

Acesso ao Sumário

2. Recurso especial provido.

(grifo nosso)

Processo: REsp 565548/SP

RECURSO ESPECIAL: 2003/0071635-6

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 13/08/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 20/08/2013

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO ILÍCITA DE FUNÇÕES PÚBLICAS. ASSESSOR JURÍDICO EM DOIS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PEDIDO INICIAL. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inviável o acolhimento de pedido formulado pelo Ministério Público em recurso especial, pela condenação por ato de improbidade tipificado no art. 11 da LIA, não constante da exordial, sob pena de ofensa ao art. 460 do CPC (decisão extra petita).

2. É descabida a devolução dos valores percebidos pelo agente, mesmo nos casos de cumulação ilícita de funções ou cargos, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, em compatibilidade de horários, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração. Precedente da Corte Especial.

3. É pacífica a jurisprudência de que, nas ações civis públicas, não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(grifo nosso)

Após a publicação deste acórdão, encaminhe-se cópia à Defensoria Pública local para que ela tenha ciência do que ocorre na comunidade e, caso necessário, possa atuar em favor de outras famílias em situação semelhante à descrita nestes autos.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010952-31.2000.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ, são apelados ANTÔNIO SABINO DOS SANTOS (E OUTROS(AS)) e MANOEL PIRES PRUDENTE.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-10.771/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Presidente e Relator

Ementa: DESVIO DE FUNÇÃO. Santo André. Meio oficial mecânico e servente geral. Alegação de desvio de função para o cargo de mecânico. - 1. Desvio de função. A prova do desvio é simples quando o servidor exerce outro cargo ou função mediante designação da administração, ou quando as funções são diferentes. A prova é complexa no exercício do que antigamente era denominado 'ofícios', em que os vários estágios compreendem o acréscimo de alguma atividade ao estágio anterior e compreende, principalmente, o acréscimo de autonomia e responsabilidade, de difícil mensuração; nestes casos (por exemplo: o mecânico, o meio oficial mecânico e o ajudante; o pedreiro, o meio oficial pedreiro e o ajudante; o alfaiate, o meio oficial alfaiate e o ajudante; o carpinteiro, o meio oficial carpinteiro e o ajudante; o 'chef', o cozinheiro e o ajudante) a maior experiência leva à redução da supervisão e a uma maior autonomia, mas não transforma o ajudante em meio oficial ou este em oficial. É o caso dos autos, em que Antônio Sabino exercia as funções de seu cargo, que implicava na execução de serviços de manutenção em veículos e em que Manoel ajudava na execução de serviços de mesma natureza. - 2. Desvio de função. Diferenciação.

Acesso ao Sumário

Nessas hipóteses o desvio não reside na atividade exercida, pois assemelhada, mas na autonomia e na responsabilidade pelo serviço. Os superiores hierárquicos dos autores confirmam que Antônio Sabino exerceu a função de mecânico até que contratados mecânicos para a oficina e que Manoel exerceu a função de meio oficial mecânico até ser lotado em outro setor; assim fica reconhecido, com a apuração em execução da data em que cessou o desvio. - 3. Desvio de função. Indenização. O desvio não implica em enquadramento no outro cargo, pois vedado pela Constituição Federal, mas apenas na indenização pela mais valia do serviço exercido. Em sendo assim, a diferença é devida tão somente nos períodos em que exercida a outra função, mas não nas férias e afastamentos; e implica na diferença do vencimento de um e outro, mas sem que sobre ela incidam as vantagens funcionais que continuam a ser pagas sobre o vencimento do cargo de que o servidor é titular. - Procedência parcial. Apelo do Município provido em parte para (a) conceder a Manoel Pires Prudente a indenização referente à diferença para o cargo de meio oficial mecânico tão somente; (b) relegar à liquidação a data do término do desvio também em relação a Antônio Sabino dos Santos, como consta do acórdão; (c) esclarecer que a indenização é paga pelo exercício do cargo em desvio, não abrangendo as férias e os períodos em que o cargo em desvio não foi exercido; e que por não implicar em novo enquadramento, a indenização corresponde à diferença do vencimento dos cargos, sobre ela não incidindo as vantagens pessoais a que os autores façam jus, mantida no mais a sentença.

VOTO

1. A sentença de fls. 857/866, vol. 5 julgou parcialmente procedente a ação para condenar o Município a pagar a (i) ANTÔNIO SABINO DOS SANTOS as diferenças entre o valor devido a título de remuneração para o ocupante do cargo de mecânico e a remuneração efetivamente paga ao autor pelo cargo de meio oficial mecânico, enquanto perdurar o desvio de função ou até eventual enquadramento no cargo de mecânico, respeitado o prazo quinquenal contado

Acesso ao Sumário

retroativamente da data do ajuizamento da ação em relação às prestações vencidas; (ii) MANOEL PIRES PRUDENTE as diferenças entre o valor devido a título de remuneração para o ocupante do cargo de mecânico e a remuneração efetivamente paga ao autor pelo cargo de servente geral, respeitado o prazo prescricional de cinco anos contados retroativamente do ajuizamento da ação em relação às parcelas vencidas e até a data em que exerceu a função de mecânico, o que será apurado oportunamente em sede de liquidação de sentença nos termos do art. 475-B, § 1º e 2º do CPC. As diferenças apuradas deverão refletir no 13º, nas férias acrescidas do terço constitucional, gratificações, horas-extras e adicional de insalubridade (mantida a atual base de cálculo). Os valores serão atualizados a partir de quando deveriam ter sido pagos, acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, observada a LF nº 11.960/09 a partir de sua vigência. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arca com metade das custas e despesas processuais e com os honorários do respectivo patrono. Afastou o reexame necessário.

Apela o Município (fls. 871/885, vol. 5); diz que (i) o pleito esbarra na exigência constitucional do concurso público e no art. 37, II da CF, não havendo falar em indenização; (ii) o exercício de fato de atribuições estranhas ao cargo não gera direito às diferenças salariais; (iii) as testemunhas afirmaram que todos trabalhavam como uma equipe; (iv) qualquer reenquadramento depende de lei de iniciativa do Poder Executivo; (v) a determinação ao pagamento de diferenças viola o art. 37, II, § 2º da CF e Súmula STF nº 339; (vi) não há qualquer determinação da Administração para que os autores exercessem outras atribuições; se o fizeram foi mera liberalidade e por seu interesse; (vii) não é possível o pagamento de verba não prevista na lei orçamentária, sob pena de ofensa ao art. 165, § 5º, 167, I e II, 169 da CF, à LCF nº 101/00 e à LCF nº 82/95; (viii) deverá ser comprovado o período em que ocorreu o desvio de função. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Recurso tempestivo e isento de preparo. Contrarrazões não apresentadas. A primeira sentença proferida nos autos julgou improcedente a ação (fls. 591/595, 601, vol. 3). Na AC nº 323.515.5/3-00, em decisão de minha relatoria de 9-6-2009 (voto nº AC-3.615), dei provimento ao recurso dos autores com base no art. 557, § 1º-A do CPC para anular a sentença e determinar a abertura de instrução e produção de prova oral "de modo a definir com clareza (uma vez que a lei não o faz) as atribuições dos cargos de mecânico e de meio oficial mecânico, a existência e o prazo do desvio (se ocorrente) e o mais que puder interessar à compreensão da controvérsia" (fls. 638/640, vol. 4); a decisão foi mantida no Agravo Interno nº 323.517.5/5-01, 10-8-2009, 10ª Câmara de Direito Público (fls. 654/658, vol. 4).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. O autor MANOEL PIRES PRUDENTE foi nomeado em 23-7-1991

para o cargo de servente geral da Secretaria de Obras e Serviços Urbanos (fls. 27); ANTÔNIO SABINO DOS SANTOS foi admitido pelo Município em 6-8-1991 para o cargo de meio oficial mecânico de autos na Secretaria de Transportes (fls. 392, vol. 2). Ambos alegam que desde a admissão exercem em desvio de função o cargo de mecânico, cujas atribuições são diversas daquelas para as quais foram admitidos, além de receberem remuneração menor do que a destinada ao cargo exercido.

3. Desvio de função. Há desvio quando o servidor é designado para o exercício de outro cargo ou função ou quando a função original e a função exercida se diferenciam substancialmente. O Município, como informa a certidão expedida pela Diretora de Recursos Humanos da Prefeitura, "não dispõe de lei ou outra norma que descreva pormenorizadamente as atribuições de cada cargo, salvo as atribuições sucintas dos cargos, constantes na LM nº 6.913/92 de 6-5-1992" (fls. 34). Consultada a referida lei municipal no site oficial da Câmara Municipal de Santo André, não se observou qualquer descrição resumida dos cargos; a lei cuida da alteração da LM nº 6.608/90, de 12-03-1990 que dispõe sobre reorganização administrativa, cargos e salários da administração pública de Santo André, mas não descreve as atribuições dos cargos ora questionados.

As atribuições dos cargos e eventual ocorrência de desvio de função ficaram a cargo da prova oral produzida em primeiro grau, a qual se passa a analisar.

4. Prova oral. Gonçalo Alves da Mota é servidor municipal (mecânica leve) há mais de quinze anos; disse que o servente exerce a função de ajudante e o meio oficial faz um pouco de mecânico; Manoel exerceu a função de "mecânica leve" enquanto Antônio Sabino trabalha com "mecânica pesada". Disse que o funcionário não pode se recusar a exercer uma função se houver determinação da chefia (mas não afirmou que Manoel e Antônio tenham recebido ordens para exercer a função de mecânico). Geralmente a função de mecânico é exercida porque o funcionário gosta de aprender. Para Gonçalo, o servente exerce a função de ajudante mecânico, ajuda no dia a dia, e o meio oficial faz um pouco de mecânico (fls. 721, vol. 4).

Mário Afonso Correia, mecânico da Prefeitura há mais de dezessete anos, afirmou que trabalha com Antônio, mas não trabalha mais com Manoel; disse que todos trabalhavam como se mecânicos fossem, pois na prática não havia diferença. Para ele, o mecânico é aquele que assume "serviços de responsabilidade", como consertar um freio, uma suspensão ou uma embreagem. Todos trabalhavam como mecânico por falta de funcionários; aprenderam o ofício e não havia porque recusar o serviço (fls. 729/734, vol. 4).

Gildo Ribeiro de Santana, servidor municipal há mais de vinte anos, chefe dos mecânicos, afirmou que trabalha com Antônio, mas não trabalha mais com

Acesso ao Sumário

Manoel por este ter mudado de setor. Afirmou que a administração não impõe o desvio de função, mas por falta de funcionários, "[eles] vinham de outros setores querendo aprender o ofício de mecânico, tinha[m] gostado e queria[m] continuar trabalhando" (fls. 737, vol. 4). Se o funcionário não fosse mecânico, não tinha obrigação de executar o serviço (fls. 743, vol. 4). O servente não tem a mesma responsabilidade do mecânico; ele ajuda o mecânico, lava as peças. Segundo Gildo, não tem regra definida entre o meio oficial mecânico e o mecânico, mas seria "um pouco abaixo" do mecânico; fica entre o servente e o mecânico. O chefe testa todo o conserto que é feito no veículo (fls. 735/747, vol. 4).

Mário Pedro Guidugli Oliveira, servidor municipal há mais de trinta e dois anos, gerente de distribuição e controle da frota municipal desde fevereiro de 2009, afirmou que o meio oficial mecânico faz pequenos consertos e ajuda o mecânico nos serviços maiores; o servente faz serviços pequenos de pouca responsabilidade como o de buscar peças. O meio oficial mecânico pode ou não fazer o serviço do mecânico, depende da experiência dele (fls. 768/774, vol. 4).

Eliseu de Sousa Teles é servidor municipal desde 23-6-1986; nos anos de 1998 a 2000 exerceu a função de gerente de distribuição de frota. Para ele os serviços de meio oficial mecânico e mecânico se misturam, aquele ajuda este. O meio oficial pode realizar consertos, mas a responsabilidade pelo serviço é sempre do mecânico. O servente deveria limpar a oficina, manter a limpeza da bancada de trabalho, auxiliar o mecânico, buscar as peças no almoxarifado e limpar as peças; dificilmente o servente pegaria serviço de mecânico para fazer. Para ele, Antônio Sabino desenvolve a função de mecânico, enquanto Manoel, de meio oficial mecânico de montagem de motor. O desvio de função poderia ser negado pelo funcionário, mas Manoel e Sabino nunca recusaram (fls. 775/784, vol. 4).

Alberto Daniluski Filho foi gerente e depois encarregado de manutenção de automóvel no período de 2002 a 2007; afirmou que Antônio Sabino e Manoel trabalhavam como mecânicos por falta de funcionários; "eles estavam cobrindo os mecânicos"; Manoel trabalhava como mecânico de carros pequenos e auxiliava na retífica de motor e Sabino como mecânico de caminhão. Para o depoente, os cargos de servente, meio oficial mecânico e mecânico não se distinguem na prática (fls. 785/791, vol. 4).

Acesso ao Sumário

Casemiro Sewruk disse que desde que assumiu a supervisão de manutenção da frota em junho de 2009 procedeu ao "enquadramento da equipe", pois havia à sua disposição um número de funcionários maior devido à realização de um concurso; antes disso "existia muito pouca gente". Depois do enquadramento, Antônio passou a trabalhar como auxiliar de mecânico. Não chegou a conhecer Manoel (fls. 792/798, vol. 4).

Rejane Alves dos Santos, servidora municipal do Departamento de

Assistência Social há mais de dez anos, diretora do departamento desde 2008, afirmou que Manoel passou a trabalhar com ela a partir de 2005 como motorista do departamento (fls. 804/806, vol. 4).

5. Desvio de função. Os depoimentos demonstram a dificuldade de identificar funções e desvios em atividades operacionais de baixa escolaridade e complexidade; o serviço mecânico é distribuído entre os oficiais, os meio oficiais e os ajudantes em um sistema em que os ajudantes ajudam os meio oficiais e os oficiais e os meio oficiais ajudam os oficiais. É um serviço de baixa complexidade e de relativamente fácil aprendizagem, de modo que os meio oficiais e os ajudantes mais capazes se habilitam a fazer sozinhos boa parte da manutenção dos veículos; a diferença entre as funções não há de ser buscada na atividade em si, pois pouco se diferenciam segundo as testemunhas, mas na hierarquia, na responsabilidade e na autonomia. Assim, há que ver quem distribui o serviço, quem o verifica, quem assume a responsabilidade por ele e não apenas quem o executa, uma vez que a experiência demonstra que poucos serviços exigem um conhecimento técnico mais aprofundado ou o manuseio de equipamentos mais sofisticados. É nesse sentido que devem ser compreendidos os depoimentos quando dizem que inexistem diferenças entre os três, ou que todos fazem tudo; pois uma compreensão inadequada da dinâmica do serviço levará à errônea conclusão da identidade de todas as funções e do pagamento igual a todos os servidores. É a mesma situação dos ofícios em geral: o pedreiro, o meio oficial pedreiro e o ajudante; o alfaiate, o meio oficial alfaiate e o ajudante; o carpinteiro, o meio oficial carpinteiro e o ajudante; o 'chef', o cozinheiro e o ajudante, em que a maior experiência leva à redução da supervisão e a uma maior autonomia, mas não transforma o ajudante em meio oficial ou este em oficial. Em todos esses ambientes pode ter-se a impressão de que todos fazem a mesma coisa, ao menos em parte; mas não é assim nem assim deve ser visto.

Em estando completo o quadro, a questão deixa de existir; pois se a oficina conta com o mecânico, o meio oficial mecânico e o ajudante, presume-se que cada um exerce a sua função própria: ainda que o serviço seja executado pelo meio oficial ou pelo ajudante, fá-lo por designação do mecânico ou do líder da oficina e de outra pessoa é a responsabilidade pelo serviço. Em o quadro não estando completo, nem por isso se há de presumir que o meio oficial automaticamente se tornou o mecânico; pois a função de distribuição e verificação do serviço pode ter sido assumida por outro mecânico ou pelo chefe de oficina e o meio oficial continuará a ser tão somente um órgão de execução, sem maior autonomia ou responsabilidade pelo serviço feito. Em outras palavras, o desvio de função não reside unicamente na atividade desempenhada, pois assemelhadas; mas na autonomia e responsabilidade pela atividade exercida.

6. Dou menos atenção ao depoimento dos colegas dos autores porque veem a identidade de função apenas pelo prisma da atividade, que não me

Acesso ao Sumário

parece o mais relevante; mas o exercício de função superior é confirmado por Eliseu de Sousa Teles, que foi gerente de distribuição da frota de 1998 a 2000; por Alberto Daniluski Filho, gerente e depois encarregado de manutenção de automóvel de 2002 a 2007; e indiretamente por Casemiro Sewruk, supervisor de manutenção da frota a partir de junho de 2009 ao confirmar que antes 'havia um número reduzido de funcionários'.

Alguns reparos merecem a cuidadosa sentença. Um, Casemiro Sewruk esclarece que a partir de 2009 a equipe foi recomposta e mecânicos foram contratados, retornando Antônio Sabino à sua função precípua de meio oficial mecânico; a partir de então cessa o desvio e nada mais lhe é devido, pois descabido afirmar o desvio na presença do mecânico, sendo o término da indenização definido em execução, como já determinado em relação a Manoel. Outro, não se compreende que um ajudante exerça a função de mecânico; sua atividade foi mais adequadamente descrita por Eliseu de Sousa Teles para quem Manoel exercia a função de meio oficial mecânico de montagem de motor, uma vez que menor a responsabilidade e de outro servidor a responsabilidade pelo serviço. Assim, Manoel receberá a diferença do cargo de meio oficial tão somente a partir de 16-1-1997 quando lotado na oficina (Portaria nº 335.01.97, fls. 399, vol. 2). Outro ainda, os autores não foram enquadrados nos cargos em desvio, recebem tão somente a diferença pelo seu exercício; nada lhes é devido nos períodos em que não trabalharam (férias e afastamentos), pois então desvio não houve; e sobre o vencimento do próprio cargo devem continuar a ser calculadas as vantagens a que fazem jus. Assim, os autores receberão as diferenças não prescritas do vencimento do cargo para o vencimento daquele exercido em desvio, sem que sobre a indenização (que não é vencimento) incidam as vantagens funcionais.

7. Cabe observar que o precário trabalho dos procuradores da Prefeitura, em especial na coleta de provas e no esclarecimento ao juiz e ao tribunal de fatos relevantes, dificultou a compreensão dos fatos e a solução da questão; e que, conforme expus em Sérgio Pereira Santiago vs Prefeitura Municipal de Santo André, AC nº 297.590.5/2-00, 2006, 10ª Câmara de Direito Público (voto AC-197), citado pela apelante, a constatação do desvio de função leva à cessação do desvio, mas não ao pagamento das diferenças. O caso dos autos é típico: nos termos postos na sentença Antônio Sabino dos Santos, titular do cargo de meio oficial, receberia os vencimentos e as vantagens do outro cargo por toda a vida funcional, dispensando a administração de prover o cargo e assim, apenas por não se fazer acompanhar de mudança na denominação do cargo, esvaziar o mandamento do art. 37, II da Constituição Federal, como bem observado na jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal. O entendimento atual, que visa a evitar o abuso da administração, gera um abuso maior e mais perigoso ao corroborar o descumprimento da Constituição e permitir que

Acesso ao Sumário

pessoas concursadas para cargos menores ocupem por longo período cargos mais elevados para que não concursadas, recebendo as vantagens como se titulares deles fossem. Ressalvo meu entendimento e aplico, em homenagem à estabilidade da jurisprudência, o entendimento hoje pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

O voto é **pelo provimento em parte do apelo do Município** para (a) conceder a Manoel Pires Prudente a indenização referente à diferença para o cargo de meio oficial mecânico tão somente a partir de 16-1-1997; (b) relegar à liquidação a data do término do desvio também em relação a Antônio Sabino dos Santos, como consta do acórdão; (c) esclarecer que a indenização é paga pelo exercício do cargo em desvio, não abrangendo as férias e os períodos em que o cargo em desvio não foi exercido; e que por não implicar em novo enquadramento, a indenização corresponde à diferença do vencimento dos cargos, sobre ela não incidindo as vantagens pessoais a que os autores façam jus, mantida no mais a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000977-80.2011.8.26.0430, da Comarca de Paulo de Faria, em que são apelantes MARLON JOSE BERNARDES PEREIRA, TATIANE BARRETO FERNANDES HUAIXAN e CÂMARA MUNICIPAL DE PAULO DE FARIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso de Tatiane Barreto Fernandes Huaixan, vedada sua sustentação oral e negaram provimento ao recurso da Câmara Municipal de Paulo de Faria. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.987)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS E SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: PREPARO - Necessidade:

Ausência enseja deserção. Inaplicável ao réu o disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85. Assistência judiciária quando já decidida a ação exige exaustiva

Acesso ao Sumário

comprovação, não bastando à sua eventual concessão mera declaração firmada pelo interessado.

Não conhecimento do recurso da corré Tatiane.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Concurso público para o cargo de Auxiliar Administrativo. Edital prevendo a realização do certame em duas fases - objetiva e prática -, sem, contudo, estabelecer critérios objetivos de avaliação quanto a prova prática. Inadmissibilidade. Regras do certame que devem ser previamente estabelecidas. Falha no procedimento de gravação com a perda de algumas provas. Candidatas que já haviam se retirado da sala de aplicação, retornaram para refazê-la. Irregularidades a justificar ainda mais a anulação do concurso.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelações** de sentença (fls. 690/694) julgando procedente **ação civil pública** (fls. 02/28) para decretar a invalidade parcial do Concurso Público nº 02/2010 para o cargo de Auxiliar Administrativo desde a publicação do Edital e condenar a Câmara Municipal de Paulo de Faria a devolver a taxa de inscrição para os candidatos.

Recorreram os réus.

A corré Tatiane, primeira colocada no certame, sustentou, em resumo, cerceamento de defesa. Provas produzidas não foram consideradas pelo MM. Juízo. Tribunal de Contas julgou regular o certame. Prova testemunhal conflitante e confusa não merecem qualquer consideração. Denúncias foram feitas apenas após a divulgação do resultado final. Mencionou jurisprudência. Ministério Público não possui legitimidade e competência para propor a presente ação. Inocorreu violação a princípios constitucionais. Daí a reforma (fls. 700/716).

A Câmara Municipal sustentou a legalidade do procedimento. Prova prática tem por objetivo a avaliação de elaboração de textos, podendo ser realizada em qualquer aplicativo. Telecentro, cujo sistema operacional dos computadores é o Linux, é aberto à população de forma gratuita. Inocorreu favorecimento ou prejuízo a qualquer dos candidatos. Daí a reforma (fls. 727/734).

Respondeu-se (fls. 737/750).

Manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça (fls. 756/760).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. a) Quanto ao recurso da corré Tatiane.

Não comporta apreciação o recurso.

Conforme orientação de **RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO**, "*o sistema recursal na ação civil pública da Lei 7.347/85, não apresenta particularidades de monta. É o Código de Processo Civil que aí se aplica (cf. art. 19 da lei supra) (...) a decisão que encerra o processo, resolvendo ou não o mérito da causa, é sentença, e desafia apelação (arts. 267, 269 e 513)...*" ("Ação Civil Pública Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores" - Ed. RT - 8ª ed. - p. 273).

Submete-se tal recurso, nada havendo em regra especial, ao processamento do CPC, ou seja, é **necessário** o **preparo** quando de sua interposição. A providência é ônus processual do recorrente, a ser implementado no momento da interposição do apelo (**art. 511** do CPC), prescindindo de intimação para tanto.

Não aproveita à ré o disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Observa **THEOTÔNIO NEGRÃO** que:

> "*... a 1ª Seção de STJ tem julgado desertos os recursos interpostos sem o recolhimento de preparo pelo réu de ação civil pública: 'A previsão legal contida na primeira parte do art. 18 da Lei 7.347/85 aplica-se exclusivamente à parte autora da ação civil pública' (STJ - 1ª T., REsp 479.830, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 3.8.04, negaram provimento, v.u., DJU 23.8.04, p. 122): 'não se mostra razoável estender o benefício àqueles que se encontram no pólo passivo da relação processual. Seria fora de propósito, no caso concreto, dar incentivo àquele que é condenado por improbidade administrativa, causando danos à sociedade' (STJ - 2ª T., REsp 193.815, rel. Min. Castro Meira, j. 24.8.05, negaram provimento, v.u., DJU 19.9.05, p. 240). No mesmo sentido: STJ - 3ª T., REsp 578.787, rel. Min. Menezes Direito, j. 14.12.04, não conheceram, v.u., DJU 11.4.05, p. 289.*" ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" - Ed. Saraiva - 2.007 - art. 18 da Lei nº 7.347/85 - nota 1 - p. 1.138).

Entendimento já firmado no **Colendo Superior Tribunal de Justiça** muito antes da interposição do apelo (**AGA** nº 384589 - Min. Rel. **JOSÉ DELGADO** - DJ 24.09.01, p. 260: "*O benefício concedido pelo art. 18, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), conforme o texto legal, só é deferido 'a associação autora'. No caso em apreço, o recorrente não é o autor da ação, e sim o réu, não se aplicando o referido dispositivo legal.*" e no mesmo sentido: **REsp** nº 551418 - 1ª Turma - Min. Rel. **FRANCISCO FALCÃO -** DJ 22.03.04, entre outros).

Do **necessário preparo, não** se exonera.

Assim já decidi em feitos semelhantes (AC nº 670.899-5/1 - v.u. j. de

03.09.07; AC nº 561.636-5/2 - v.u. j. de 17.09.07; AC nº 509.417-5/2 - v.u. j. de 12.05.08; AC nº 990.10.005.958-0 - d.m. de 07.06.10 e AC nº 990.10.234.771-0 - d.m. de 05.08.10, de que fui Relator).

Superada antiga orientação em sentido diverso.

O preparo, requisito de **admissibilidade** do recurso, é "*matéria de **ordem pública***" (**NELSON NERY JÚNIOR** - "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos" - 1.996 - p. 228), apreciável a qualquer tempo pelo juízo ***ad quem***, acarretando, sua ausência, como no caso dos autos, o **não conhecimento** do inconformismo, em que pesem as doutas opiniões em contrário.

Inobstante o requerimento de concessão dos benefícios da assistência judiciária (fls. 382), não houve manifestação pelo d. juízo ***a quo*** pelo deferimento em nenhum momento dos autos.

Apelo **não** merece conhecimento.

b) Quanto ao recurso da Câmara.

Segundo consta, a Câmara Municipal de Paulo de Faria realizou concurso público para provimento dos cargos de Auxiliar Administrativo, Motorista, Porteiro e Telefonista - Edital nº 02/2010 (fls. 10/39). O Ministério Público, diante de denúncias efetuadas por candidata ao cargo de Auxiliar Administrativo, ajuizou a presente ação **acolhida** para **a)** invalidar o certame para o provimento do cargo de Auxiliar Administrativo desde a publicação do Edital e **b)** condenar a Câmara Municipal na devolução da taxa de inscrição para os candidatos.

Daí o inconformismo.

Sem razão, contudo.

O Edital nº 01/2010 regulamentando o certame, previa, para o cargo de Auxiliar Administrativo, a realização de prova objetiva e prova prática, ambas, de caráter eliminatório e classificatório.

Quanto à prova prática assim dispôs o edital:

"***9**. DA PROVA PRÁTICA - ELIMINATÓRIA E CLASSIFICATÓRIA*"

"***9.1**. Todos os candidatos ao Cargo de **Auxiliar Administrativo** e **Motorista** serão submetidos à prova prática.*"

"***9.2**. A prova prática será considerada e divulgada as respectivas notas, somente para os candidatos que obtiverem aprovação na prova objetiva.*"

"***9.3 As provas práticas serão realizadas no dia 30 de maio de 2010 em horários e locais a serem divulgados, conforme item 4.2;***"

"***9.4**. As provas práticas, terão o valor de 0 (zero) a 100 (cem) pontos;*" (fls. 20/21).

Edital **não** previu especificamente em que condições seria realizada a prova prática. Nenhuma regra específica foi previamente estabelecida. Sequer

Acesso ao Sumário

quanto ao critério de avaliação ou no que consistiria a prova prática (digitação de texto, elaboração de planilha ou banco de dados, etc), ou qual o sistema operacional a ser utilizado, dispôs o edital. Condições imprescindíveis para a validade do certame.

Na medida em que ele deve fixar as regras do certame, definindo em que condições se estabelece o relacionamento entre a Administração e aqueles que concorrerão aos cargos, deve obrigatoriamente prever a forma de avalição de cada fase.

Confira-se, a propósito, o ensinamento de **FRANCISCO LOBELLO DE OLIVEIRA ROCHA:**

> "*... na elaboração do edital, o Administrador deve fornecer* ***critérios objetivos e suficientes para a seleção dos melhores candidatos, bem como as regras e procedimentos que serão observados na condução do concurso.***"
>
> "***Não basta, todavia, que o edital contenha os critérios de avaliação dos candidatos. É imperioso que descreva, de forma minudente e exaustiva, a forma de avaliação e pontuação atribuída a cada critério****. Isto porque, após a publicação do edital, não pode restar ao Administrador qualquer margem de discricionariedade que pudesse ter sido exaurida no momento de sua colaboração.*" (grifei - "Regime Jurídico dos Concursos Públicos" - Ed. Dialética - 2.006 - p. 57).

E de **MÁRCIO CAMMAROSANO**:

> "*... devem ser preestabelecidos os tipos de provas a que os candidatos se submeterão - teóricas ou práticas, escritas e ou orais -, os fatores a serem levados em consideração - clareza e correção da linguagem, sob os aspectos de ortografia, pontuação, acentuação etc., desencadeamento lógico do raciocínio, conhecimento do direito aplicável à espécie, propriedade e domínio da linguagem técnica utilizada etc. -, e os critérios para avaliação desses mesmos fatores.*" ("Concurso Público e Constituição" - Ed. Fórum - 1ª ed. - p. 173).

Não se afigura **razoável** a realização de certame, máxime para seleção de pessoal, sem o estabelecimento de critérios objetivos de avaliação.

Não se presta referência da corré ao Anexo IV do Edital (fls. 710). Restringe-se ele ao conteúdo programático da prova, **não** à prova prática (fls. 34). A prevalecer o raciocínio da interessada (fls. 710/711), de cálculos de matemática também poderia ser a questionada prova prática quando necessários tais conhecimentos para quem deve "*... efetuar pagamentos*..." (fls. 31).

Situação **inviabiliza** a melhor seleção de pessoal para a Administração Pública, na medida em que impede a preparação dos candidatos e desestimula a participação de outros por falta de conhecimento da avaliação a que serão

submetidos.

Afora a omissão de regras do certame, várias irregularidades foram cometidas durante a aplicação da prova prática para o cargo em questão, realizada no Telecentro Comunitário (fls. 191).

De acordo com a denúncia efetuada perante o Ministério Público pela candidata Patrícia Mendes Barbosa Pereira,

> "*Depois de terem concluído e se retirado do local (Telecentro Comunitário Municipal, no endereço Rua XV de Novembro s/nº, Centro, nesta cidade) onde foi aplicada a prova prática, algumas candidatas foram chamadas para retornarem ao local onde estava sendo realizada a prova prática do concurso citado. A candidata* ***ADRIANA ANDRADE DA COSTA*** *foi a primeira a se retirar do local da prova, outras duas candidatas,* ***ALINE CALDAS BARRIOUNUEVO*** *e* ***ALANA RAMOS GOUVEIA****, também terminaram suas provas e se retiraram. Logo depois, o profissional aplicador da prova da Instituição Soler de Ensino, chamou as candidatas* ***ALINE CALDAS BARRIOUNUEVO*** *e* ***ALANA RAMOS GOUVEIA****, para retornarem ao local onde estava sendo realizada a prova prática, pois as provas das mesmas não haviam sido salvas no computador (não posso precisar se por imperícia do aplicador da prova ou por falha no sistema), e elas teriam que refazer suas provas. Como a candidata* ***ADRIANA ANDRADE DA COSTA*** *já havia se retirado a bastante tempo do local da prova a candidata* ***ALINE*** *ligou de seu celular (pois somente ela tinha o número de celular da candidata* ***Adriana Andrade da Costa****) para chamá-la de volta ao local da prova prática. As candidatas* ***Aline e Alana*** *reiniciaram suas provas e a candidata* ***Alana*** *iniciou uma discussão com o aplicador da prova prática, nervosa e claramente alterada por ter que refazer sua prova. Logo depois, o aplicador da prova registra o fato na* ***ATA*** *da Instituição Soler de Ensino. Chegando em seguida a candidata* ***Adriana Andrade da Costa*** *para também reiniciar sua prova. Na norma 8, subtítulo 8.18 alínea 'f' está explícito que se o candidato se afastar do local da prova a qualquer tempo sem o acompanhamento do fiscal será eliminado* ***(Como não há qualquer menção a prova prática no edital, esta candidata está se baseando na norma da prova objetiva)***." (fls. 06).

Situação inteiramente confirmada pelas demais candidatas (fls. 584/589 e 590/593). Adriana Andrade da Costa, em depoimento em juízo, afirmou:

> "*A prova prática foi no período da tarde. Eu fiz a prova prática e foi mil maravilha. Eu salvei a minha prova e fui embora. Despois estava em casa do meu namorado o celular tocou. Era uma pessoa que estava no local da prova pedindo que eu retornasse para refazer a prova.*" (fls.

Acesso ao Sumário

584).

Jean Carlos dos Santos, responsável pela aplicação da prova prática, também confirma os fatos:

> "*Eu estava aplicando a prova prática de informática e quando eu fui salvar a prova de uma das candidatas houve um problema no computador e a prova se perdeu, razão pela qual aquela aluna, que ainda não havia deixado o local, foi chamada para refazer a prova, sendo o computador reiniciado. Este problema se deu com três candidatas e o mesmo procedimento foi adotado em relação a todas elas.*" (fls. 547).

A prova, segundo depoimentos prestados, consistia na digitação de um texto e na elaboração de uma planilha no sistema operacional 'Linnux'. O candidato ao concluir, procedia a gravação do arquivo em um ***pen drive*** de posse do aplicador da prova. Esse procedimento sofreu um imprevisto, com a falha em alguns microcomputadores que perderam algumas provas concluídas. A solução encontrada naquele momento foi conceder às candidatas cujas provas foram perdidas, nova oportunidade de fazerem a mesma prova.

Duas delas Aline e Alana, ainda se encontravam no recinto e retornaram ao local da prova para refazê-la (fls. 06), já a candidata Adriana que se encontrava na casa de seu namorado (fls. 584) foi contatada por meio de ligação celular e também retornou para refazer a prova.

Contudo, não há como ver regularidade nesse proceder.

A falha ocorrida na gravação das provas inviabilizaria o prosseguimento do certame com o consequente cancelamento daquela prova a todos os candidatos e remarcação prévia de nova data com a publicidade necessária.

Inequívoca a violação ao **princípio da isonomia**. Se, por um lado, a inesperada convocação para refazer a prova possa causar transtornos psicológicos às candidatas prejudicadas ("*... ao retornar a declarante ficou sabendo que teria que refazer toda a sua prova, e assim o fez, porém já completamente nervosa e desconcentrada...*" - declaração prestada pela candidata Alana nos autos do Inquérito Civil - fls. 347), por outro, proporciona-lhes a oportunidade de corrigir erros cometidos na prova anterior.

Não há como, diante desses fatos, manter o certame como feito.

Como bem posto na r. sentença:

> "*3.0 - As irregularidades descritas na inicial, que efetivamente ocorreram durante a aplicação da Prova Prática, como ficou demonstrado pelos testemunhos, decorreram exatamente do fato de não constar do edital, de forma clara e objetiva, as regras, condições e os critérios dessa prova. Os desacertos, que surpreenderam o próprio aplicador da prova, que foi obrigado a improvisar por várias vezes, foram causados pela falta de objetividade do edital.*"

Acesso ao Sumário

"*3.1 - A Prova Prática, conforme as contestações da candidata Tatiane Barreto Fernandes Hauixan e da Câmara, era de datilografia. No entanto, para o aplicador era de 'conhecimento de programas, manuseio deles, formatação de textos, cálculos pelo sistema 'Excel'' (f. 547 v.). Não se pode afirmar que algum deles esteja errado, porque, em verdade, o edital não definiu a prova.*"

"*4.0 - Por outro lado, se o processo concursivo já não padesse* (sic) *de invalidade de origem, por vício do edital, as irregularidades ocorridas durante a aplicação da Prova Prática constituíram causas bastantes para a sua invalidação. Com efeito, candidatas foram auxiliadas pelo aplicador da prova, o sistema operacional instalado nos computadores usados 'apresentou problemas', o que obrigou o aplicador a enviar as provas por e-mail para a instituição contratada para a execução do concurso, no lugar de grava-las em pen drive, como originalmente estava previsto (f. 547-60).*"

"*4.1 - Com isso, a impessoalidade na condução da prova, e a forma de sua condução, foram violadas.*" (fls. 693/694).

De rigor, portanto, a anulação do concurso público nº 01/10 quanto ao cargo de Auxiliar Administrativo desde a publicação do edital, com a devolução da taxa de inscrição aos candidatos, como determinado (fls. 694).

3. Não conheço do recurso da corré Tatiane. Nego provimento ao recurso da Câmara Municipal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006748-69.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO NOVA PETRÓPOLIS PRIME LIFE, é apelado PRESIDENTE DA COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL - CETESB.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente o Dr. Maurício Soares de Almeida Júnior e o Ilmo. Procurador de Justiça Daniel Fink.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8970)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES E TORRES DE CARVALHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.
MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - AVERBAÇÃO DE TERMO DE "ÁREA CONTAMINADA", ASSIM DECLARADA PELA CETESB, NA MATRÍCULA DE IMÓVEL ATINGIDO POR CONTAMINAÇÃO DE PRODUTOS TÓXICOS E PERIGOSOS - CABIMENTO - DECISÃO NORMATIVA DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA, PROFERIDA NO PROCESSO CG Nº 167/2005 - PROVIDÊNCIA QUE ENCONTRA FUNDAMENTO NO ART. 225, CAPUT, DA CF; NO ART. 264, CAPUT, DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NO ATO DA CETESB - WRIT DENEGADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Mandado de segurança denegado pela r. sentença de fls. 757/758, cujo relatório se adota.

Apela o impetrante buscando a inversão do julgado (fls. 763/783). Assevera que a autoridade impetrada foi omissa quanto ao exercício de seu mister, pois permitiu a procrastinação do procedimento administrativo por anos, de forma a propiciar a empreendedora a construção de diversas torres, para em ato posterior ser tomada a providência de averbar a contaminação. Afirma, ainda, que não há laudo conclusivo que enseje a existência do vício que macula o solo. Argumenta, outrossim, que o ato importa em indevido gravame ao seu direito de propriedade, pugna pela concessão da ordem, para que a autoridade se abstenha de averbar na matrícula do imóvel a informação de contaminação ou, caso já realizada a averbação, proceda ao cancelamento do ato.

Recurso processado, com resposta (fls. 808/822).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 831/834).

É o relatório.

A sentença está correta e deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, como permite o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Eis os referidos fundamentos:

Acesso ao Sumário

"*A preliminar não merece acolhida. De fato, o objeto destes autos não tem por finalidade apurar responsabilidades, mas impedir a anotação à margem da matrícula do registro de imóveis de que o condomínio foi erigido em área cujo solo está contaminado. As avaliações realizadas por peritos nos autos do processo administrativo dão conta da existência de contaminação do solo por metais pesados, restando dúvidas apenas no que se refere a extensão da contaminação. Os elementos trazidos pela própria impetrante justificam a medida da impetrada, que embora tardia, é necessária para dar publicidade ao fato e alertar terceiros da situação de risco existente, evitando-se que outros inocentes possam ser prejudicados. Adverte-se que nestes autos não se busca a responsabilização quer da GAFISA, dona do empreendimento, quer da CETESB, já que a conduta destas, que desencadeou a tardia inscrição no registro imobiliário não é objeto de avaliação. Digo tardia posto que as autoridades públicas poderiam ter embargado a obra na fase inicial da construção até obter pleno conhecimento dos fatos. De outro lado, a providência tem previsão legal no artigo 246, caput, da Lei dos Registros Públicos; está amparada no artigo 225, caput, da Constituição Federal, pois o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável também passa pelo acesso da população às informações sobre situações de risco, e contaminação do ambiente por substâncias tóxicas e perigosas; além de encontrar respaldo no princípio geral da boa-fé, pois* '*a contaminação do solo e do subsolo de imóveis por substâncias tóxicas e perigosas, como referido, em conformidade com o tipo e o grau de contaminação, acarreta restrições importantes ao uso e gozo da coisa pelo proprietário e a imposição de obrigação de descontaminação, bem como, eventualmente, de sanções administrativas e penais.*' *Desta feita, denego a segurança. Custas pela parte autora. Sem honorários por ser incabível à espécie*".

À vista dos elementos carreados aos autos, outro não poderia ser mesmo o desfecho da causa. Cumprindo, aqui, registrar que também em razão de decisão de caráter normativo proferida pelo então Corregedor Geral da Justiça, Desembargador Gilberto Passos de Freitas, proferida no processo CG nº 167/2005, para se admitir a averbação de termo de "área contaminada", assim declarada pela CETESB, nas matrículas dos imóveis atingidos por contaminação de produtos tóxicos e perigosos, não há se falar em qualquer ilegalidade do ato impugnado.

Certo que, ao contrário do que alega o impetrante, a providência tem sim previsão legal no artigo 246, caput, da Lei dos Registros Públicos. Igualmente, está amparada no artigo 225, caput, da Constituição Federal, pois o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável também passa pelo acesso da população às informações sobre situações de risco, e contaminação do ambiente por substâncias tóxicas e perigosas; além de encontrar respaldo no princípio

geral da boa-fé, pois a contaminação do solo e do subsolo de imóveis por substâncias tóxicas e perigosas, como referido, em conformidade com o tipo e o grau de contaminação, acarreta restrições importantes ao uso e gozo da coisa pelo proprietário e a imposição de obrigação de descontaminação, bem como, eventualmente, de sanções administrativas e penais.

Além do mais, o impetrante não comprovou a existência de processo ou recurso administrativo pendente de julgamento sobre a autuação lavrada.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008183-70.2004.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados ROBERTO GORAYB CORRÊA (JUSTIÇA GRATUITA) e LUCINÉIA EL MESSANE CORRÊA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA, Apeladas SERASA S/A e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), PIRES DE ARAÚJO E LUIS GANZERLA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Autores que figuraram como fiadores em contrato de locação - Inadimplência dos aluguéis que ensejou o ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial contra os locatários e os fiadores - Carta de fiança que já estava vencida, com reconhecimento expresso da credora nesse sentido - Desnecessidade de comprovação, por parte dos fiadores, da desoneração da fiança - Matéria que já foi objeto de decisão pelo TJSP - Patente o exercício abusivo do direito de ação, porquanto a ré Ipiranga já tinha plena ciência, quando do ajuizamento da execução, de que a Carta de Fiança

Acesso ao Sumário

estava vencida, ignorando tal circunstância nos autos da execução - Ajuizamento de execução que ocasionou a inserção dos nomes dos autores nos cadastros restritivos da SERASA - Dano moral caracterizado - Responsabilização da Fazenda do Estado de São Paulo e da SERASA - Descabimento - Ato lícito - Publicação de ação executiva que não pode ser tida como indevida - Anotações constantes dos cadastros de órgãos de proteção ao crédito que derivam de informações obtidas perante órgãos públicos, nada mais sendo que meras repetições de informações contidas em tais entidades públicas, na hipótese, o Cartório Distribuidor Judicial - Desnecessidade de notificação prévia, por se tratar da natureza pública das informações - Redução da quantia fixada a título de danos morais - Quantia que deve ser fixada de forma equilibrada, atenta às circunstâncias do caso concreto e de forma a não caracterizar fonte de enriquecimento sem causa dos ofendidos e, ao mesmo tempo, exerça efeito pedagógico à parte ofensora - Respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação - Redução, no mais, da verba honorária - Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC.

Recursos providos em parte.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Roberto Gorayb Corrêa e Lucinéia El Messane Corrêa contra a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Fazenda do Estado de São Paulo e SERASA - Centralização de Serviços Bancários S/A, alegando que foram fiadores em contrato de locação de imóvel (*posto de serviços e abastecimento*) celebrado entre o Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda. (*então de propriedade de um dos irmãos do coautor Roberto - qual seja, Rildo Gorayb Corrêa*) com a corré Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga. Em agosto de 1999 o Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda. foi vendido. Os novos proprietários do Auto Posto Nova Europa permaneceram na posse do imóvel locado, por um grande lapso de tempo, sem apresentação de novos fiadores, e deixaram de efetuar o pagamento dos aluguéis de dezembro de 2000 até julho de 2001. Não obstante ter sido acordada a exoneração da fiança prestada pelos autores - *o que, inclusive, ficou comprovado mediante correspondência da ré Ipiranga aos novos proprietários do Auto Posto, de que a carta de fiança estava vencida* - no afã de satisfazer

Acesso ao Sumário

a dívida a qualquer custo, a ré Ipiranga propôs ação de execução de título extrajudicial (Processo nº 1191/01 - 3ª Vara Cível de Limeira) contra o Auto Posto Nova Europa de Limeira e os antigos fiadores, ora autores, pleiteando o recebimento dos aluguéis atrasados, no importe de R$ 59.138,89.

Ocorre que, com a distribuição da ação de execução contra os autores, e por acordo firmado entre o Poder Judiciário e a SERASA, seus nomes foram inscritos no cadastro de inadimplentes da ré SERASA, sem que lhes fosse permitida qualquer defesa prévia ou comunicação. Sustentam, pois, que o fato gerador da negativação dos nomes foi a distribuição indevida da ação executiva por parte da ré Ipiranga, bem como o acordo firmado pelo Poder Judiciário para informação à SERASA de toda e qualquer ação distribuída. A cobrança perpetrada era indevida porque a ré Ipiranga tinha plena ciência de ter negociado a exoneração da fiança prestada pelos autores, ensejando a indevida negativação de seus nomes.

Apesar de sucessivos pedidos endereçados ao juízo da execução, somente em grau de recurso a execução foi extinta, com a descaracterização do título executivo em virtude de a carta de fiança estar vencida. O Estado responde de forma objetiva porque forneceu as informações à ré SERASA - *o Poder Judiciário estava obrigado a preservar o nome das pessoas que se encontram em litígio judicial, sob pena de causar grande dano* - e também pela má qualidade da prestação jurisdicional, ao não evitar a ocorrência do dano. A ré SERASA responde porque incluiu o nome dos autores em seus cadastros, sem prévia comunicação. Dessa feita, requerem a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos morais.

A r. sentença de fls. 445/453 assim dispôs: 1) com relação à ré Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, julgou procedente o pedido, para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 295.694,45, monetariamente atualizado desde setembro de 2001. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação; 2) com relação à Fazenda do Estado de São Paulo e à SERASA - Centralização de Serviços Bancários S/A, julgou improcedente o pedido, condenando os autores sucumbentes nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, monetariamente atualizado desde o ajuizamento.

A Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga opôs embargos de declaração a fls. 456/463, os quais foram rejeitados (fls. 464).

Os autores interpuseram recurso de apelação a fls. 465/478, pugnando pela reforma parcial do julgado, com a condenação das rés Fazenda do Estado de São Paulo e SERASA ao pagamento de indenização por danos morais

Acesso ao Sumário

- o Poder Judiciário estava obrigado a preservar o nome das pessoas que se encontram em litígio judicial, tomando as devidas precauções, mas não o fez, encaminhando informações à SERASA que, por sua vez, incluiu os nomes em seu cadastro de inadimplentes. Pleiteiam, também, seja majorado o *quantum* indenizatório, especialmente porque a inclusão de seus nomes no rol de maus pagadores se deu em época em que tinham imaculados seus nomes perante o mercado consumidor, razão pela qual entendem que a condenação não deve ficar reduzida em decorrência de apontamentos ocorridos posteriormente aos fatos geradores do dano moral sofrido. Subsidiariamente, requerem que a verba sucumbencial que lhes foi imposta seja reduzida (10% sobre o valor da causa), sob pena de resultar nulo o valor arbitrado como indenização pelo dano moral.

A Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga interpôs recurso de apelação a fls. 509/539, objetivando a reforma do julgado. Para tanto, afirma que: 1) não houve abuso de direito de ação - o documento de fls. 46, que é a força motriz à demonstração de uma suposta culpa - e possível má-fé - ao ajuizar a ação de execução, "só pode ser considerado como exoneração da garantia através de um exercício mental munido de muita fertilidade", uma vez que este documento somente teria sido enviado ao afiançado, o Auto Posto Nova Europa de Limeira, para apresentar novas garantias e, a partir daí, liberar os apelados, o que o fez posteriormente (fls. 412). Até porque, por se tratar a carta de fiança de negócio jurídico que exige formalidade à sua validade, jamais poderia ser rotulado como 'exoneração de fiança' um documento enviado ao posto revendedor, cujo objeto tinha cunho estritamente negocial; 2) se não houve teratologia na decisão judicial de primeiro grau que rejeitou a exceção de pré-executividade, não pode a Ipiranga ser condenada de abusar do direito de ação, tendo em vista que se basearam no mesmo entendimento; 3) inexiste nexo de causalidade à reparação civil - o dano não decorreu de ato praticado pela apelante, uma vez que se não existisse o convênio entre a Fazenda do Estado de São Paulo e a SERASA, não haveria dano aos apelados, por mais ilícito e descabido que fosse o ajuizamento da ação por parte da apelante (*concausalidade*); 4) é incabível a condenação em danos morais (*Súmula 385 do STJ*), haja vista que os apelados já possuíam diversas pendências anteriores à propositura da demanda indenizatória; 5) o *quantum* fixado a título de danos morais deve ser minorado, atendo-se ao princípio da razoabilidade (*quantia fixada que já atingiu o importe de R$ 513.353,98 - isto em outubro de 2009*).

Contrarrazões a fls. 558/570, 577/596, 619/628 e 633/638.

É o relatório.

Não há dúvidas de que os autores, em 28/05/1991, figuraram como fiadores em contrato de locação celebrado entre o Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda., que tinha como sócio Rildo Gorayb Corrêa, irmão do coautor Roberto, e a locadora Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, ora ré. Tal

Acesso ao Sumário

contrato teve como objeto o imóvel situado na Av. Eduardo Peixoto, 545, Jardim Nova Europa, em Limeira/SP, onde estava instalado um posto de serviço e abastecimento (fls. 32/38).

Para tanto, foi celebrada Carta de Fiança, em 26 de janeiro de 1995, pelo prazo de 05 anos (fls. 41/42).

Já em 01/06/1996, foi firmado termo aditivo ao contrato de locação (fls. 39/40).

Na sequência, em 25/08/1999, houve alteração do Contrato Social do Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda., com a entrada dos sócios Luis Roberto Bastos e Claurice Nunes Bastos, e a saída dos sócios Rildo Gorayb Corrêa e Solange Natale Filetti Gorayb Corrêa, que constavam originariamente do contrato de locação do posto com a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (fls. 43/45).

Ocorre que os novos sócios do Auto Posto Nova Europa não efetuaram o pagamento dos aluguéis do período de dezembro de 2000 até julho de 2001, valor este que alcançava a monta de R$ 59.138,89.

Diante do reiterado inadimplemento, a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, em 24/08/2001, ajuizou ação de execução de título extrajudicial contra o Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda. e os ora autores, em virtude de sua qualidade como fiadores do contrato de locação (fls. 48/52).

A distribuição da referida ação executiva fez com que os nomes dos autores fossem incluídos no cadastro de inadimplentes, no período de agosto a dezembro de 2001, em razão de convênio existente entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a SERASA, ocasionando-lhes constrangimentos que caracterizam danos morais.

Esses são, pois, os fatos que embasam a pretensão.

Pois bem.

Os recursos devem ser providos em parte.

Primeiramente, importante anotar que a Carta de Fiança coligida a fls. 41/42 não deixa qualquer margem para dúvidas: a responsabilidade dos fiadores, ora autores, vigoraria inicialmente pelo prazo de 05 (cinco) anos, com termo inicial em 26 de janeiro de 1995 (ou seja, com o término da garantia em 26 de janeiro de 2000), a qual ficaria "**automaticamente prorrogada por períodos sucessivos de igual prazo, desde que não denunciado pelos fiadores com a antecedência de até seis meses antes do término de sua vigência inicial e eventuais prorrogações**".

Assim, no dia 27 de janeiro de 2000 (*dia subsequente ao prazo de vencimento dos 05 anos da Carta de Fiança*), os autores notificaram a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga a respeito do cancelamento da fiança, requerendo,

Acesso ao Sumário

no mais que os atuais proprietários do Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda. fossem notificados para indicar novos fiadores. A título elucidativo, segue o que restou consignado no bojo da referida notificação (fls. 411):

"Por força das disposições insertas no instrumento particular firmado em 20 de janeiro de 1995, devidamente registrado sob o nº 61739 perante o 2º Cartório de Registro de Título e Documentos da Comarca de Campinas, nós, Roberto Gorayb Corrêa e Lucinéia El Messane Corrêa, como fiadores, assumimos a responsabilidade de figurar como principais pagadores da firma Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda., obrigando-se, solidariamente, pelo pagamento de todos os débitos provenientes de transações comerciais entre a afiançada e a vossa empresa.

Como é de vosso inteiro conhecimento, referido estabelecimento comercial não é mais de propriedade de Rildo Gorayb Corrêa e Solange Natale F. G. Corrêa, que possuem grau de parentesco com os fiadores.

Neste caso, vimos pela presente, na qualidade de fiadores da empresa Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda., NOTIFICÁ-LOS nos termos do que dispõe o artigo 867 do Código de Processo Civil Brasileiro, para prevenir responsabilidade, prover a conservação e a ressalva de direitos, acerca da fiança prestada, requerendo, nos termos do que dispõe o instrumento particular de fiança, o cancelamento da fiança e que sejam os atuais proprietários notificados para indicarem novos fiadores. Assim, fica a empresa notificada a proceder ao cancelamento da fiança prestada em prol da empresa Auto Posto Nova Europa de Limeira Ltda.".

Sustenta a Ipiranga que a Carta de Fiança foi denunciada intempestivamente, "uma vez ser necessária a denúncia expressa com a antecedência de 6 meses antes do encerramento do prazo, sob pena de prorrogação", o que justificaria a manutenção da garantia e posterior ajuizamento da ação de execução.

No entanto, dispunha o artigo 1.500 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, que "*o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar*".

Dessa forma, não há que se falar em prorrogação da fiança ou ausência de denúncia tempestiva pelos fiadores, porquanto a própria Ipiranga reconheceu expressamente, em carta datada de julho de 2000, que a Carta de Fiança estava vencida (fls. 46), ou seja, que os fiadores não estavam mais obrigados aos efeitos da fiança. Em outras palavras, a locadora acabou por ratificar o cancelamento da fiança, requerimento contido na supracitada notificação extrajudicial.

O prazo de 6 meses para denúncia da fiança foi concedido em benefício dos fiadores, porém dele não precisaram se valer, na medida em que o ato praticado pela Ipiranga, ao afirmar expressamente que a Carta de Fiança estava vencida, representou a desoneração dos fiadores, atendendo ao previsto no

artigo 1.500 do Código Civil.

E como a dívida locatícia dizia respeito a período posterior à exoneração da fiança (*dezembro de 2000 a julho de 2001*), não poderiam os autores, de forma alguma, figurar no polo passivo da execução.

Obviamente que a ré Ipiranga sabia dessa circunstância, porém, em evidente abuso do exercício do direito de ação, no afã de satisfazer o crédito a que faz jus, optou por ajuizar execução de título extrajudicial contra os autores, que não mais figuravam como fiadores do contrato de locação desde julho de 2000 (momento em que a Ipiranga reconheceu que a Carta de Fiança estava vencida).

Aliás, a questão envolvendo o vencimento da Carta de Fiança já foi reconhecida por esse Egrégio Tribunal de Justiça, ao acolher exceção de pré-executividade e, com isso, julgar extinta a execução em relação aos ora autores - *questão esta já acobertada pela coisa julgada material*. Para tanto, confira-se trecho do voto do Exmo. Des. Claret de Almeida (fls. 144/145):

> **"*No caso em estudo, a exequente COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO, na execução protocolada em 24.8.2001, também colocou no pólo passivo, além da locatária, os ora agravantes, como garantidores e principais pagadores da empresa executada, por força da carta de fiança celebrada em 26/01/95.***
>
> ***Acontece que essa mesma exequente, em correspondência datada de 12.7.2000, já comunicava à locatária que tal carta de fiança se encontrava vencida, pedindo-lhe providências que viessem suprir a ausência dessa garantia.***
>
> ***Esse fato expressamente reconhecido pela exequente dilui por completo aquela exigência de os executados comprovarem que tinham denunciado a referida carta de fiança.***
>
> ***Essa circunstância já mereceu a devida apreciação desta Turma julgadora no AI 725.926-0/4, ao conceder, pelo mesmo motivo, em antecipação de tutela, a exclusão dos nomes dos ora agravantes junto ao SERASA, diante da prova inequívoca exsurgente dos termos em que redigida aquela correspondência, dando como vencida a carta de fiança.***
>
> ***Esses elementos constantes dos autos convencem de que, realmente, a exequente, ora agravada, não porta título executivo extrajudicial válido contra os ora agravantes".***

Nada obstante a ré Ipiranga consigne que "não pretende rediscutir a questão da vigência da carta de fiança, de forma a não arranhar os contornos da coisa julgada material", resta claro o abuso no exercício do direito de ação decorrente do ajuizamento de execução de título extrajudicial contra aqueles que não eram mais os fiadores - e disso a ré tinha plena convicção, omitindo a controvérsia atinente à vigência da fiança ao ajuizar a execução. Como dito

Acesso ao Sumário

redito, a carta de fls. 46, na qual a própria Ipiranga admite expressamente que a Carta de Fiança estava vencida, não dá margem a interpretações divergentes.

Tampouco há que se considerar que o documento de fls. 412, como quer fazer valer a ré Ipiranga, é que posteriormente teve o condão de liberar os autores da fiança, por representar formalidade à validade de ato jurídico solene. A própria Ipiranga admitiu que a Carta de Fiança já estava vencida e, diante disso, o documento foi enviado ao Auto Posto Nova Europa (e não aos fiadores) pois era dever dos locatários (*pessoa jurídica*) a regularização da garantia já vencida.

Aliás, não seria plausível, tampouco razoável, reputar que a fiança foi prorrogada e, não obstante os fiadores objetivassem sua desoneração, tivessem sido obrigados a permanecer como fiadores até 23 de janeiro de 2003 - ou seja, por quase três anos depois da notificação extrajudicial requerendo o "cancelamento" da fiança, quando, então, a ré Ipiranga, sem motivos aparentes, e por mera conveniência, houve por bem formalizar "exoneração da carta de fiança" (fls. 412) - até porque o Tribunal de Justiça, em maio de 2002, já havia decidido que o documento de fls. 46 demonstrava de forma inequívoca que a Carta de Fiança estava vencida.

Dessa forma, utilizando-se de argumento colhido das razões recursais da ré Ipiranga, pelo qual o documento de fls. 46 "só pode ser considerado como exoneração da garantia através de um exercício mental munido de muita fertilidade", afigura-se mais razoável entender que somente por um "exercício mental de muita fertilidade" é que se poderia reputar que o documento de fls. 46 não demonstra que os fiadores já estavam desonerados da fiança, desobrigando-os da denúncia da referida Carta de Fiança - mormente ao ressaltar, em seu título com letras garrafais, o "Assunto: **CARTA DE FIANÇA - VENCIDA**", e citando, em seu bojo, que a **Carta de Fiança encontra-se vencida**, e que a **ausência dessa garantia** está em desacordo com a política da empresa, que não permite a concessão sem as respectivas garantias financeiras.

Se a própria ré Ipiranga admite expressamente o vencimento e a ausência dessa garantia no contrato de locação, o "exercício mental de muita fertilidade", na verdade, reside em tentar considerar que aquilo que está expressamente declarado não significa o que foi declarado. Tal conduta atenta, obviamente, contra a boa-fé nas relações negociais.

Acesso ao Sumário

Ademais, o abuso no exercício do direito de ação perpetrado pela ré Ipiranga não se confunde com a inexistência de teratologia na decisão de primeiro grau que rejeitou a exceção de pré-executividade. A ré tinha plena ciência da controvérsia que envolvia o vencimento da carta de fiança e mesmo assim, em flagrante má-fé, optou por ajuizar a execução.

O juízo de primeiro grau, pelo que se vê, rejeitou a exceção de pré-

executividade porque, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, entendeu que não havia qualquer prova de que os executados tinham denunciado a carta de fiança prestada no prazo expresso para tanto (fls. 97), a despeito de ser de pleno conhecimento da Ipiranga de que a Carta de Fiança já estava vencida.

Do acolhimento da tese jurídica apresentada pela ré Ipiranga, nos autos da execução, não decorre a responsabilidade do Estado por deficiência na prestação jurisdicional, o que difere, e muito, do exercício abusivo do direito de ação, permeado pela má-fé. Acrescente-se, de acordo com **Carlos Roberto Gonçalves**, que "o simples fato de alguém perder uma demanda e com isso sofrer prejuízo, ainda que tenha havido erro, falha ou demora na prestação jurisdicional não autoriza a responsabilização do Estado pelo ato judicial" (Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 166).

Por sua vez, o liame de causalidade entre o ato ilícito praticado pela Ipiranga (*abuso no exercício do direito de ação*) e o dano aos autores (*indevida inserção nos cadastros de inadimplentes da SERASA*) é evidente.

Como é cediço, "é necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes (*ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e o dano*), que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certa regra; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.' (*Traité des Obligations en general, v. 4, nº 66*)[1]"

Nesse contexto, o abuso no exercício do direito de ação, ato por si só considerado ilícito, foi o **fato determinante** para a indevida inserção do nome dos autores na SERASA, ocasionando constrangimentos que superam o mero dissabor. A existência de convênio entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e a SERASA não encerra ilegalidade ou mesmo concausalidade com o dano ocorrido.

Quanto à responsabilidade das rés Fazenda do Estado de São Paulo e SERASA, nenhum reparo merece a r. sentença. Consoante ficou ressaltado, "o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mantém convênio com a terceira requerida, por meio do qual fornece informações sobre ações ajuizadas (fls. 359/363), para alimentar cadastro de restrições. O comunicado da presidência do E. Tribunal, datado de 30/11/2001, deixa claro que se trata de 'fornecer, sob a forma de certidão, com os encargos de praxe, informações relativas a distribuição de ações cíveis (excetuados os casos de segredo de justiça), às empresas solicitantes' (fls. 363), ou seja, trata-se da mesma informação que seria prestada a qualquer pessoa interessada".

1 STOCO, Rui; Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed., 2007, São Paulo RT, p. 151.

Acesso ao Sumário

As anotações constantes dos cadastros de órgãos de proteção ao crédito derivam de informações obtidas perante órgãos públicos, nada mais sendo que meras repetições de informações contidas em tais entidades públicas, na hipótese, o Cartório Distribuidor Judicial. A anotação retrata apenas a existência de uma execução movida em desfavor dos autores (fls. 59/60).

A anotação, por si só, retratou a verdade dos fatos, derivada de informações fornecidas pelo Cartório Distribuidor, anotando-se que a distribuição de feitos cíveis, ressalvados os casos de segredo de justiça, é divulgada normalmente pelas serventias judiciais, sendo tais atos processuais públicos.

As informações poderiam ser acessadas por qualquer pessoa, visto que regidas pelo princípio da publicidade. Assim, não há falar em constrangimento indevido ou afronta ao devido processo legal. Caso contrário, os cartórios judiciais estariam impedidos de fornecer certidões referentes a ações ou execuções neles distribuídas.

A publicação da existência de ação executiva movida contra os autores não pode ser qualificada como indevida. Portanto, a anotação no órgão de proteção ao crédito mostra-se perfeitamente regular, sendo possível haver a anotação também da fase processual da ação de execução de título extrajudicial no cadastro, a título de informação, pela SERASA.

Também não há que se falar em ilegalidade perpetrada pela SERASA, que estaria embasada, a priori, pela ausência de prévia notificação da restrição de crédito.

Não se ignora que a falta da comunicação prevista no art. 43, § 2º, da Lei nº 8.078/90, em princípio, pode constituir ilícito passível de indenização material e moral. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> **"*A falta de prévia comunicação ao consumidor, da inscrição de seu nome em cadastro de devedores, gera dano moral indenizável pelo cadastrador*" *(3ª Turma, Resp 471.091-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 22.05.03).***

Inexigível, entretanto, na espécie, que a SERASA fizesse a comunicação da inserção em nome dos autores relativamente à demanda executiva, pois as informações foram obtidas junto ao distribuidor forense, destacando-se, neste particular, a natureza pública das informações, tornando, em decorrência, dispensável a providência prevista no citado art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, diante da existência de um título executivo que se afigurava, em princípio, consistente, não havendo notícia da impugnação judicial do débito, a SERASA manteve o registro em seu cadastro de restrições até que fosse expedido ofício determinando a retirada.

A esse respeito, ensina **Humberto Theodoro Júnior**:

"O SERASA é uma sociedade anônima, isto é, uma entidade privada que mantém um cadastro de clientela bancária, para prestação de serviços exclusivamente a seus associados que são vários bancos nacionais. Os dados compilados, como acontece em qualquer cadastro bancário, são confidenciais e sigilosos. Seus registros não são publicados ou divulgados perante estranhos. Servem apenas de fonte de consulta para os bancos associados, os quais utilizam as informações como dados necessários ao estudo e deferimento das operações de crédito usualmente praticadas. Anotar, portanto, a conduta de certo cliente no cadastro do SERASA é operação de rotina que jamais poderá ser vista como ato ilegal ou abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos do cadastro da clientela o principal instrumento de segurança da atividade creditícia que desempenha. Na verdade, nenhum estabelecimento de crédito pode prescindir do apoio de rigoroso controle cadastral sobre a idoneidade moral e patrimonial dos seus mutuários, em virtude da própria natureza das operações que constituem a essência de sua mercancia" *(Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência, AIDE Ed. RJ, 4a ed. 1997, p. 30/31).*

Portanto, aferida a conduta, o dano e o nexo causal, configurada está a responsabilidade da ré Ipiranga, tendo em vista que o abusivo exercício do direito de ação levou à indevida inclusão do nome dos autores nos cadastros da SERASA, o que superou o mero dissabor ou aborrecimento, especialmente diante da atividade comercial que desenvolvem (sócios do Grupo Gorayb). Confira-se:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE PROCESSO DE EXECUÇÃO. A promoção de execução, como regra geral, constitui exercício regular de direito, não gerando obrigação de indenizar, ainda que reconhecida a falta de razão do exeqüente. Ressalva-se a hipótese que tenha agido dolosamente" (STJ - REsp 198.428-SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO. J. 20/06/2000. DJ de 21.08.2000, p. 122).

Cabe a ressalva de que os autores, na época da restrição (2001), não possuíam nenhum outro apontamento na SERASA, consoante está comprovado pelos documentos de fls. 59/60. Dessa forma, não se pode cogitar a aplicabilidade da Súmula 385 do STJ, bem como o entendimento esposado na r. sentença de que existiam diversos outros registros no cadastro de restrições (fls. 399), pois levou em consideração momento posterior à negativação debatida nos autos.

Dispõem os arts. 186 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a

Acesso ao Sumário

outrem, fica obrigado a repará-lo.

Realmente, em trabalho sobre a responsabilidade civil o Professor André Tunc, da Universidade de Paris, salientou como o juiz tem deveres redobrados para com a sociedade quando é chamado a julgar casos em que a matéria envolve a responsabilidade civil. É preciso "arregaçar as mangas da camisa", contribuindo para a proteção da sociedade contra atos que possam torná-la indefesa ou desprotegida. Este é um dos objetivos das responsabilidades penal e civil. E, quanto a esta última, deve ele se preocupar, principalmente, com a indenização que a vítima tem direito[2]. Como lecionou Aguiar Dias, "o problema se prende intimamente ao da causa. Para apreciar a contraprestação, rejeita-se o valor irrisório. Não contém exigir equivalência, palavra que se presta a equívocos. O que se procura é o mínimo de proteção capaz de tornar a injustiça por demais violenta".[3]

"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado; uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto. Nesse sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas às situações dos envolvidos, segue-se à constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva e moral, do lesado. Ora, essa verificação é suscetível de fazer-se diante da própria realidade fática, pois, como respeita à essencialidade humana, constitui fenômeno perceptível por qualquer homem normal...".

Com efeito: "É que as lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indeléveis na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas. São de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente".

"Essas observações coadunam-se, aliás, com a natureza dos direitos lesados, eis que, como acentuamos, compõem-se o âmago da personalidade humana, sendo identificáveis por qualquer pessoa de senso comum. Uma vez atingidos, produzem os reflexos danosos próprios, de sorte que basta, em concreto, a demonstração do nexo etiológico entre a lesão e o evento" (**Carlos Alberto Bittar**, *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Ed. RT, 1993, pp. 202/203).

Acesso ao Sumário

2 *La Responsabilité Civile*, Paris, 1981, pp. 108 e 109; *in* Apelação nº 358.886-4, 7ª Câmara, j. 10.02.1987, rel. Juiz Luiz de Azevedo, RT 623/101.

3 Cláusula de Não Indenizar, Forense, 4º, 1980, pp. 129/130.

Lembrava ainda **Alberto Trabucchi**, quando ensinava a seus alunos: "O ressarcimento dos danos morais não atende à *restitutio in integrum* do dano causado; tende mais a uma genérica função satisfativa, com a qual se procura um bem que compense, em certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Se substitui o conceito de equivalência (próprio do ressarcimento), pelo de reparação, que se obtém atenuando de maneira indireta a conseqüência dos sofrimentos daquele que padeceu uma lesão" (Instituciones de Derecho Civil, v. 1/228, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1967) (RT 584/229).

In casu, trata-se de dano implementado em decorrência da desídia imputável à ré Ipiranga que, em notório exercício abusivo do direito de ação, optou por ajuizar ação de execução contra fiadores que já estavam desonerados da garantia, o que levou à inserção de seus nomes nos cadastros da SERASA.

Indubitavelmente que a ré Ipiranga estava obrigada a organizar, e bem, os seus serviços, em área tão delicada e grave como é de crédito, fiscalizando, desse modo, a atuação de seus funcionários, tudo em ordem a evitar sucessos danosos da natureza e proporções estampados nos autos.

São por esses motivos que, **independentemente de prejuízo certo**, a condenação para reparar os danos morais causados aos autores pela ré Ipiranga é de rigor.

No que concerne à fixação do "*quantum debeatur*" para a reparação dos danos morais, como é cediço, não existem critérios fornecidos pela lei.

Nessa senda, a jurisprudência aponta alguns indicativos que podem servir de parâmetros na fixação do valor de indenização. Em geral recomenda-se evitar o enriquecimento sem causa do beneficiário e, ao mesmo tempo, repreender o agressor de modo perceptível no seu patrimônio. A ideia que se aceita hodiernamente é de se afastar o estímulo ao ilícito.

Segundo preleciona Rui Stoco:

"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação à vítima, compensá-la pela perda que se mostrar irreparável e pela dor e humilhação impostas, com uma importância mais ou menos aleatória.

Evidentemente, não haverá de ser fonte de enriquecimento injustificado da vítima, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena. É que a sanção pecuniária deve estar informada dos princípios que regem e que visam a prevenção e a repressão" (Tratado de Responsabilidade Civil, pág. 1708).

Realmente, deve-se dar à fixação da indenização, neste caso, um nítido

caráter educativo, inibidor. Trata-se de satisfação de ordem moral, razão pela qual a reparação nada ter a ver com repercussão econômica e, por isso, arbitrável. Assim, "tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido. 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. Trata-se, então, de uma estipulação prudencial" (TJSP, Apelação n. 113.901-1, rel. Des. WALTER MORAES).

Esclarecedor sobre o tema é o precedente julgado pelo **Superior Tribunal de Justiça**, segundo o qual "o arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso" (STJ, REsp n. 173.366-SP, 4ª Turma, j. 03-12-1998, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

Diante disso, atento aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais e econômico-financeiras dos envolvidos, assim como o grau da ofensa moral e a preocupação de não permitir que se transforme em fonte de renda indevida dos ofendidos, bem como não passe despercebido pela parte ofensora, consistindo, destarte, no necessário efeito pedagógico de evitar futuros e análogos fatos, o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido para o valor do débito indicado na execução de título extrajudicial, qual seja, **R$ 59.138,89** (*cinquenta e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e nove centavos*), valor devidamente atualizado a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso (agosto de 2001 - fls. 47 e 59/60), nos termos da Súmula 54 do STJ. Em razão da sucumbência, fica a ré Ipiranga condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Importante consignar, ainda, que o valor arbitrado pelo juízo *a quo*, equivalente a cinco vezes o valor do débito (R$ 295.694,45) importaria em verdadeira fonte de enriquecimento sem causa dos autores - primeiramente, por se tratar de um episódio de negativação indevida e, por segundo, em razão do exacerbado montante condenatório originariamente fixado, e mais ainda após o decurso de quase dez anos de trâmite processual (*quantia fixada que já teria atingido o importe de R$ 513.353,98, isto em outubro de 2009*).

Por derradeiro, a verba sucumbencial imposta aos autores (*10% sobre o valor da causa, sendo que o valor dado à causa foi estimado em R$ 1.000.000,00 - vide fls. 229*), não se mostra consentânea aos parâmetros insculpidos no art. 20 do Código de Processo Civil, resultando até mesmo em valor superior à indenização propriamente dita, razão pela qual o apelo, nesse particular, deve ser provido.

Dessarte, diante da improcedência do pedido indenizatório em face das rés Fazenda do Estado de São Paulo e SERASA - Centralização de Serviços Bancários S/A, deverão os autores arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, arbitrados por equidade em R$ 11.000,00 (onze mil reais) - sendo R$ 5.500,00 para cada réu -, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, "nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do art. 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos" (STJ, 4ª Turma, REsp 226.030, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 07/10/1999, DJU 16/11/1999). Esse critério não ofende o princípio da isonomia processual (STJ, 3ª Turma, REsp 330.102 - AgRg, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 20/11/01, DJU 18/02/02)".

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte aos recursos da ré Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga e dos autores para, respectivamente:

a) reduzir o valor fixado a título de danos morais para **R$ 59.138,89** (*cinquenta e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e nove centavos*), valor este do débito indicado na execução de título extrajudicial e que deu azo à negativação, devidamente atualizado a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso (agosto de 2001 - fls. 47 e 59/60), nos termos da Súmula 54 do STJ. Em razão da sucumbência, fica a ré Ipiranga condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação;

b) arbitrar os honorários advocatícios devidos pelos autores em R$ 11.000,00 (onze mil reais) - R$ 5.500,00 para cada réu - com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0154757-74.2008.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JOSEFINA TESOLIN DA SILVA, é apelado HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA

FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria de votos. Vencido o revisor que declara. Sustentou oralmente Dr. Cristovam Martins Joaquim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8981/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação de indenização de danos morais. Alegação de morte de familiar em decorrência de contaminação pelo vírus HIV por meio de transfusão de hemocomponente. Falta de registro quanto à realização de testes anti-HIV do material doado e transfundido na paciente. Nexo de causalidade demonstrado. Falha na prestação do serviço público. Responsabilidade caracterizada. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou improcedente ação de indenização de perdas e danos materiais e morais decorrentes de falha na prestação do serviço hospitalar que ocasionou a contaminação de familiar pelo vírus HIV durante transfusão de sangue e posterior falecimento (fls. 372/374), apelou a autora alegando que a prova dos autos indica que sua filha, hemofílica, contraiu o vírus HIV mediante transfusão de composto de sangue por culpa do requerido; disse que inexiste registro do hospital de que a paciente já fosse portadora do vírus; que a falta de testes anti-HIV de alguns compostos de sangue e a total abstinência sexual de sua filha demonstram que a contaminação ocorreu por meio de transfusão realizada pelo hospital; e citou julgado sobre a matéria. Foram apresentadas contra-razões defendendo a sentença.

É o relatório.

Ficou incontroverso que a filha da apelante, Marta Ernestina da Silva, morreu aos 37 anos de idade por Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) em 09.02.1998 (v. fls. 08).

Acesso ao Sumário

O Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto informou que a primeira consulta da paciente se realizou em 01.03.1984, com principal queixa de hemorragia prolongada após extração de dentes. Alega que a paciente não era hemofílica e que a hipótese era de doença de Von Willebrand; que o composto de sangue denominado crioprecipitado foi ministrado na paciente no período de 28.10.1987 a 03.11.1987 para tratamento de distúrbio de coagulação. Diz que a paciente recebeu no mencionado período 69 unidades do composto e que nenhuma dessas unidades estava contaminada pelo vírus HIV.

Respeitado o entendimento contrário, a sentença merece reforma.

Segundo consta do prontuário médico, a paciente era portadora da doença von Willebrand; realizou exame ginecológico que atestava membrana himenal íntegra em 1987, tendo em vista a D.U.M. de 22.08.1987, e não 26.06.96, como constou do laudo pericial (fls. 320); recebeu, por transfusão, o hemocomponente no período indicado pelo hospital; e realizou teste HIV em 1991 com revelação do diagnóstico em 15.01.1992 (v. fls. 68/verso, 105/verso e 106).

Embora a perícia realizada pelo IMESC faça menção à denominada "janela imunológica" (fls. 322) e não tenha excluído a probabilidade de contaminação por meio de relação sexual (fls. 339/340), não houve registro quanto à realização de testes anti-HIV de todo o material coletado para transfusão, inclusive aquele recebido pela paciente. Assim, o laudo oficial concluiu pela possibilidade de contaminação pelas transfusões realizadas pelo requerido (fls. 320/323). E, ao que tudo indica, a vítima sempre fez uso da rede pública de saúde e as demais provas não indicam que a contaminação se deu de outra forma.

Por tudo isto, mesmo sem aplicar a teoria do risco integral, há prova de falha do serviço público a autorizar a aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, pois cabia ao Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto verificar a qualidade do sangue doado a fim de assegurar a saúde e a vida dos pacientes dependentes de transfusão, de modo a impedir a proliferação do vírus da AIDS. Esta falta está na área dos riscos assumidos pelo hospital para consecução de suas finalidades.

Oportuno lembrar que, naquela época, já era vigente a Lei Estadual n. 5190, de 20.06.1986, que tornava obrigatória no Estado de São Paulo a realização de teste, inclusive aos hospitais da rede pública estadual, para detecção de anticorpos do vírus da AIDS no material recolhido para transfusões de sangue e derivados (art. 1º).

Com relação ao dano moral, a perda da filha por contaminação pelo vírus HIV em transfusão de hemocomponente dispensa maiores considerações para reconhecê-lo. O sofrimento psíquico é evidente e merece resposta capaz de amenizá-lo.

O dano moral é, assim, evidente e dispensa maiores considerações quanto

Acesso ao Sumário

a sua caracterização e o valor fixado não deve implicar enriquecimento exagerado para o ofendido nem exagerada punição para a ofensora. Não basta considerar seu porte econômico; importante levar também em conta que a punição não é a única finalidade da indenização por dano moral, a qual, como dito, deve constituir estímulo à adoção de providências preventivas que evitem ofensas psíquicas evitáveis. Não é objetivo deste tipo de indenização proporcionar enriquecimento descabido ao ofendido, ainda que isto possa acontecer como efeito colateral, em situações excepcionais nas quais seja condição necessária à consecução daquelas outras finalidades.

Com estes parâmetros, mostra-se razoável o valor de vinte mil reais, atualizáveis a partir de agora pela Tabela Prática deste Tribunal, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês (v. art. 406 do Código Civil). Inaplicável no caso a Lei n. 11.960/09, à vista do decidido pelo STF na ADIN 4357/DF.

Em razão da procedência da ação, fica o requerido condenado nas custas e despesas processuais em reembolso, arbitrados os honorários advocatícios, à vista da complexidade da causa e do trabalho desenvolvido, em dois mil reais, atualizáveis a partir de agora até a liquidação pelo pagamento.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, nos termos acima, invertidos os ônus da sucumbência.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº AC-11.165/13)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Transfusão de sangue. Contaminação pelo vírus HIV. Prova. - Não há prova, sequer indício, de que a moléstia tenha sido causada pela transfusão de sangue ocorrida quatro anos antes. O hospital não demonstrou que quatro das diversas bolsas tenham sido previamente testadas para o vírus HIV; mas da falta do teste não decorre necessariamente que uma delas estivesse contaminada. O vírus pode ser contraído de diversas formas; ao lado da inexistência de prova ou indício da contaminação do sangue fornecido à autora, inexiste informação segura sobre a vida da autora fora do hospital. - Improcedência. Apelo da autora desprovido.

Acesso ao Sumário

1. A ação foi julgada improcedente pela sentença de fls. 372/374, vol. 2, por falta de prova do nexo de causalidade entre a transfusão de sangue e a moléstia que levou a autora a óbito.

Os Des. Aguilar Cortez e Teresa Ramos Marques proveem o apelo da autora para condenar o réu a pagar à autora indenização pelo dano moral no valor de R$ 20.000,00. Exponho, respeitosamente, a razão da divergência.

2. Marta Ernestina era portadora da doença de von Willebrand, doença hemorrágica hereditária que dificulta a coagulação, em tratamento no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. Recebeu 69 unidades de sangue de 28-10-1987 a 3-11-1987 em preparação a uma extração de dentes; em 1991 teve o diagnóstico de AIDS, do que veio a falecer em 1998. Não há prova de que o sangue estivesse contaminado e pouco ou nada se sabe da vida da falecida, de modo que não se afasta a possibilidade de contágio por outra via. O laudo pericial do IMESC não é conclusivo, menciona apenas inexistir prova de que o sangue doado tenha sido testado para HIV, uma preocupação recente na ocasião (o réu afirma que os testes foram feitos); a falta de prova levou à improcedência da ação.

O HIV foi diagnosticado em 1991, quatro anos depois da transfusão, ainda dentro do período de latência do vírus. A evolução clínica de 2-2-1998 (fls. 79, do mesmo Hospital das Clínicas), mencionada pelo perito, refere que Maria Ernestina 'adquiriu HIV por meio de transfusão há treze anos', o que faz regredir a contaminação a 1985, data anterior à transfusão. É um caso difícil: a falta do teste de algumas das diversas bolsas de sangue não implica em que estivessem contaminadas, não há prova de que Marta tenha sido infectada pelas transfusões de sangue de 1987 e os quatro anos decorridos tornam provável, possível pelo menos, que a infecção tenha ocorrido de outra forma. Mais: o teste pode não detectar a contaminação se feito na chamada 'janela imunológica' mencionada pelo perito. Enfim: não há prova, sequer forte indício, de que a contaminação tenha ocorrido na forma e pela causa descrita na inicial. É uma possibilidade, não mais. Nesse panorama, não vejo demonstrado o nexo de causalidade entre a transfusão e a moléstia.

O voto **é pelo desprovimento do recurso da autora.**

TORRES DE CARVALHO, Desembargador, Revisor vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022957-16.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LARA D'ANDREA, IVÃ RIBEIRO

DE OLIVEIRA, VANDERLEI RIBEIRO NEVES e VLADIMILSON GARCIA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente), XAVIER DE AQUINO E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 11 de março de 2014.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - Decisão que julga irregulares as contas da Câmara Municipal - Participação no processo administrativo do Presidente da Câmara - Servidores posteriormente intimados para pagamento - Aplicação da Súmula Vinculante n. 3 - Julgamento das contas válido - Necessidade, todavia, de participação dos servidores quanto aos efeitos para eles incidentes - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação contra a r. sentença de fls. 859/861 que julgou procedente ação de nulidade de ato jurídico, decisão do Tribunal de Contas do Estado, que julgou irregulares contas apresentadas pela Câmara Municipal de Mauá, relativas ao exercício de 2004, e determinou a devolução de valores por alguns servidores, os quais, ocupando cargos em comissão, receberam pagamentos de horas extras.

Insiste a apelante na regularidade dos atos praticados, avaliando-se as contas da instituição, sem qualquer vício em relação aos autores. Pede o provimento do apelo (fls. 866/878).

Apelo tempestivo, dispensado de preparo. Contrarrazões a fls. 884/897.

Parecer do Procurador de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 900/902).

É o relatório.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em procedimento de exame das contas apresentadas pela Câmara Municipal de Mauá, representada pelo seu presidente, relativas ao exercício de 2004, concluiu pela irregularidade das contas, entre outras razões, pelo pagamento de horas extras a servidores ocupantes de cargos em comissão, situação dos autores.

Acesso ao Sumário

A Câmara Municipal exerceu seu direito de defesa, interpôs recurso administrativo, mas as decisões foram mantidas (fls. 387/393 e 699/706).

Os autores, ora apelantes, então servidores municipais, tiveram, posteriormente, seus nomes lançados como devedores, com a inscrição na dívida ativa (fls. 26, 35, 38, 44), em virtude das horas extras recebidas e consideradas indevidas, embora não tivessem sido intimados ou participado naquele processo perante o Tribunal de Contas.

Perante a Corte administrativa, a representação da Câmara realizou-se por meio do seu presidente, até mesmo porque o que estava em análise eram as contas da Câmara Municipal; conforme cópias juntadas, houve regular cientificação e, conforme já referido, foi exercido o direito de defesa pela Câmara Municipal, representando, inclusive, os demais vereadores.

Todavia, no que diz respeito à determinação de pagamento de quantia certa e consequente inscrição da dívida dos servidores, tendo em vista que a decisão forma título executivo, evidencia-se a necessidade de cumprimento da Súmula Vinculante nº 3 do STF, assegurando-lhes o contraditório e direito de defesa (nesse sentido MS 27760/DF, Min. Ayres Brito, j. 20.03.12; REsp 1298219/AM, Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.03.12).

Nos processos atuais do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo observa-se a formação de autos em apartado em relação àqueles responsáveis pessoalmente por eventual obrigação, mas que não integraram o processo de análise das contas, solução que bem compatibiliza a finalidade da apreciação das contas institucionais e dos gestores, com a condição individual de cada servidor eventualmente atingido por sanções que possam decorrer da irregularidade apurada.

Exigir que em toda prestação de contas de órgãos públicos, sempre que presente a possibilidade de reconhecimento da obrigação de devolução de valores por servidores, sejam intimados pessoalmente os servidores, é inviabilizar a análise das contas (imagine-se uma prefeitura com milhares de servidores cujos pagamentos são questionados). Esta preocupação já tem sido verificada em muitos julgados, afastando nulidades em algumas situações (ArRg na Reclamação 6396, Min. Joaquim Barbosa, j. 21.10.09; Ap. 0012845-60.2008, Des. Osvaldo Capraro, j. 07.11.13; Ap. 0006681-78.2010, Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 07.08.12).

Os artigos 70, 71 e 75 da Constituição Federal autorizam o controle externo por meio dos Tribunais de Contas, o que se mantém no âmbito de interesse jurídico das entidades públicas e dos gestores dos recursos públicos; entretanto, se ao julgar as contas irregulares, abre-se a possibilidade de fixar sanção que não se refere àqueles responsáveis (art. 71, VIII, da CF) ou àqueles que eles representam, os quais participaram do procedimento administrativo de

Acesso ao Sumário

análise das contas, necessária a intimação daqueles que poderão ser sancionados, a fim de assegurar-lhes o contraditório e a ampla defesa; tal providência como referido, poderá ser adotada em apartado, sem prejuízo da análise das contas já realizadas.

Mantém-se, em consequência, a função constitucional de controle e julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas, sem prejuízo das garantias constitucionais, quando presente a possibilidade de sanção ou condenação, situações nas quais, inegavelmente, aqueles que podem sofrê-las têm interesse jurídico. É possível, por exemplo, que pagamentos sejam considerados irregulares, sob a ótica da legalidade, mas a devolução não seja determinada, aplicando os princípios da boa-fé e segurança jurídica, a demonstrar como a análise opera-se em duas etapas, nem sempre exigindo a intimação na primeira fase.

O pedido formulado e acolhido pela r. sentença refere-se a nulidade do processo administrativo que analisou as contas daquela Câmara Municipal, relativas ao exercício de 2004; não vislumbro tal nulidade pelas razões expostas, nem se justifica invalidar todo o procedimento por causa de interesse específico dos autores quanto a um dos seus efeitos, cuja análise pode ser, como demonstrado, realizada separadamente.

Ao comentar a denominada teoria dos capítulos de sentença, Cândido Rangel Dinamarco aponta a possibilidade de existência de objetos autônomos no julgamento, que se referem a pretensões distintas ou diferentes segmentos dentro de uma única pretensão, a demonstrar que "o decisório comporta divisão, sempre que integrado por mais de uma unidade elementar" (p. 64).

Destaca o autor que "Os tribunais brasileiros relutam enormemente a pronunciar a nulidade apenas parcial de uma sentença (ou seja, de algum ou alguns de seus capítulos), deixando íntegro o mais, ainda quando a causa de invalidade atinja somente um ou alguns de seus capítulos e não todos. Esses posicionamentos radicais bem poderiam ser evitados quando se tivesse maior consciência da teoria dos capítulos de sentença, a qual concorre para a perfeita distinção entre o viciado e o não-viciado, em aplicação da máxima "*utile per inutile non vitiatur*" (p. 84).

Acesso ao Sumário

Na hipótese em análise, sendo possível verificar a regularidade das contas sob a ótica da legalidade em relação ao órgão público e seus responsáveis, de maneira distinta da análise a ser feita quanto aos servidores, não há "contaminação" insuperável entre as questões.

É claro que a irregularidade das contas tem reflexos quanto àqueles que foram beneficiados por pagamentos, mas a condição de responsáveis pela devolução é, em princípio, dos gestores públicos e a condição de coobrigados o pagamento dos servidores envolve análise de distintos pressupostos em relação

ao julgamento das contas institucionais, daí sua independência e consequente possibilidade de cisão do julgamento (por capítulos).

Conclui-se, então, que a determinação de devolução dos valores pelos autores e inscrição como devedores não poderia constar da decisão sem observância das garantias constitucionais (Súmula Vinculante 3); não se anula todo julgamento do TCE, mas apenas a parte acima referida, que afeta aos autores.

A outra questão, participação do Ministério Público naqueles autos, fica prejudicada diante da nulidade parcial reconhecida, mesmo porque, ausente prejuízo processual.

O recurso da Fazenda é, então, acolhido em parte, mantida a sucumbência.

Ante o exposto, o voto é pelo provimento parcial do recurso, nos termos acima delimitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044080-20.2008.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante CARLOS ALBERTO MENDES MIRA SANTOS, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE ITUPEVA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.671)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autorização de ingresso de agentes públicos para eliminação de focos de proliferação do mosquito da dengue e obrigação de fazer consistente na limpeza periódica de piscina, evitando-se assim a entrada do vetor da dengue. Cabimento. Comprovação de perigo iminente de proliferação do mosquito "Aedes Aegypti". Ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade. Prevalência do interesse público sobre

Acesso ao Sumário

o particular. Direito de propriedade que deve ser exercido em conformidade com o art. 5º, inciso XXIII, da CF e o art. 1228, § 1º do Código Civil. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada proposta pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ITUPEVA em face de CARLOS ALBERTO MENDES MIRA SANTOS, objetivando a concessão de medida liminar para que seja deferido o ingresso dos agentes sanitários no imóvel do réu, a fim de que seja realizada a limpeza da piscina, bem como, que o réu seja condenado na obrigação de fazer consistente na limpeza periódica da piscina com a colocação de lona para vedar o local, evitando-se assim a entrada do vetor da dengue, sob pena de multa diária.

A r. sentença de fls. 129/134, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, nos termos delineados na petição inicial, tornando definitivos os efeitos irradiados pela tutela antecipatória outorgada (fls. 36/38). Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.200,00.

Recorre o vencido às fls. 140/145, postulando a reforma do julgado, reiterando sua linha de argumentação, sustentando em síntese, a ilegalidade do ato impugnado.

Contrarrazões às fls. 151/154, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada proposta pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ITUPEVA em face de CARLOS ALBERTO MENDES MIRA SANTOS, objetivando a concessão de medida liminar para que seja deferido o ingresso dos agentes sanitários no imóvel do réu, a fim de que seja realizada a limpeza da piscina, bem como, que o réu seja condenado na obrigação de fazer consistente na limpeza periódica da piscina com a colocação de lona para vedar o local, evitando-se assim a entrada do vetor da dengue, sob pena de multa diária.

Acesso ao Sumário

Aduz a Municipalidade que em março de 2008 foi realizada a reclamação nº 145 pela Associação dos Amigos do Cafezal I, noticiando que desde dezembro de 2007 a piscina do réu estava abandonada, criando condições para a proliferação do mosquito da dengue.

Para a verificação dos fatos alegados, em abril de 2008, foi enviada ao local uma equipe da Vigilância Sanitária que confirmou a existência de perigo iminente de proliferação do mosquito.

Notificado, o réu permaneceu inerte.

Em 16 de setembro de 2008, foi realizada nova visita, constatando-se que o problema permanecia.

Concedida a medida antecipatória (fls. 36/38) e, conforme relatório de fls. 60/61, verificou-se que a situação se mantinha até 06 de fevereiro de 2009, quando a equipe da VISA adentrou na propriedade para realizar a limpeza da piscina com a colocação do produto "HCL Penta", contendo cloro, algicida, clarificante, floculante e oxidante de matéria orgânica.

Inicialmente, é de se lembrar que a infração detectada por ato de agente sanitário goza de fé-pública conforme nos ensina HELY LOPES MEIRELLES em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, 38ª Edição, p. 166:

"*os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário. A presunção também ocorre com os atestados, certidões, informações, atos registrais e declarações da Administração, que, por isso, gozam de fé-pública.*"

É cediço que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e de veracidade, cabendo ao particular demonstrar eventual vício de legalidade ou validade. Desta maneira, para infirmar a presunção de legitimidade dos atos administrativos, não basta a mera alegação, sendo imprescindível que ela venha acompanhada de prova consistente.

No caso em apreço, a prova dos autos é uníssona e demonstra a necessidade da imposição da obrigação de fazer pleiteada nos autos.

Logo, constata-se que as arguições do réu não restaram minimamente corroboradas pelos elementos de convicção contidos nos autos, não havendo como se afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos atacados.

Neste passo, sobreleva anotar que a Constituição Federal prevê em seu art. 225, *caput*, que "*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*."

Outrossim, prevê a Carta Magna o direito à saúde como "*direito de todos*

Acesso ao Sumário

e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (CF, art. 196).

De outro lado, a Constituição Federal garante o direito à propriedade nos termos do art. 5º, inciso XXII e ainda, dispõe no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social.

Por fim, o Código Civil em seu art. 1228, § 1º estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É fato notório que a dengue é uma realidade presente nos grandes e médios centros urbanos e provoca a deterioração da qualidade de vida e da saúde dos cidadãos, sendo objeto constante da atuação dos mais diversos Órgãos da Administração Pública visando o seu combate, através de medidas não só preventivas, mas, também repressivas.

Irrefutável, na espécie, a supremacia do interesse público e da função social da propriedade sobre o livre arbítrio do apelante.

Desta maneira, era mesmo de rigor a procedência da ação, a fim de que o apelante seja compelido a realizar, com a correta periodicidade, a limpeza e manutenção da piscina do imóvel de sua propriedade, localizado no Condomínio Cafezal I, como forma de prevenção e combate à proliferação do vetor da dengue.

Logo, de rigor a manutenção do r. *decisum* monocrático, proferido em consonância com os argumentos acima articulados.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9003280-

95.2011.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO DE TARSO AUGUSTO JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.412)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI E JARBAS GOMES.

São Paulo, 6 de março de 2014.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL - IPVA - Extinção da Execução - Prescrição - Ocorrência - Prazo quinquenal esgotado - Inteligência do artigo 174 do Código Tributário Nacional - Imposto relativo ao exercício de 2002 - Execução ajuizada em 2011 - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de execução fiscal proposta pela ***Fazenda do Estado de São Paulo*** contra ***Paulo Tarso Augusto Junior***, visando ao recebimento de débito relativo ao não pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.

A respeitável sentença de fls. 31 julgou extinta a execução, com resolução de mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 174, do Código Tributário Nacional combinado com o artigo 618, inciso I, do Código de Processo Civil e artigo 1º, *in fine*, da Lei nº 6.830/80.

Irresignada, apela a Fazenda, objetivando a inversão do julgado (fls. 36/44). Afirma, em apertada síntese, que não há que se falar em prescrição ou decadência, tendo em vista que foram respeitados todos os prazos estabelecidos na legislação vigente. Por fim, afirma que, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, "*as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*" suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Pede o provimento do recurso.

Regularmente processado o recurso, não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Nos termos do artigo 174, do Código Tributário Nacional, "*a ação para*

Acesso ao Sumário

a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva."

Conforme se extrai dos autos, a Fazenda ajuizou a ação de execução visando ao pagamento, pela executada, do IPVA referente ao exercício de 2002.

E, nos termos da Lei Estadual nº 6.606/89, vigente à época dos fatos, considerava-se ocorrido o fato gerador do imposto em 1º de janeiro de cada exercício, deste modo, o lançamento se deu em 2002, mesmo ano do fato gerador.

Outrossim, o artigo 12 da referida lei apontava que o "*imposto será devido anualmente e cobrado em 3 (três) parcelas mensais e sucessivas*", na qual "*o Poder Executivo fixará anualmente escala com datas de vencimentos do imposto e de cada uma das parcelas, podendo estabelecer incentivos para o pagamento antecipado* (§ 1º)".

Como observa Hugo de Brito Machado, "*O lançamento do IPVA é feito de ofício. A repartição competente para o licenciamento do veículo remete para a Secretaria da Fazenda as informações necessárias e esta emite o documento com o qual o proprietário do veículo é notificado para fazer o pagamento*."[1]

Deste modo, o direito da Fazenda constituir o crédito nasce com sua constituição definitiva, que se dá com a remessa da cobrança ao proprietário do veículo, que ocorre sempre em janeiro do respectivo ano de lançamento, no caso em tela, 2002, respeitando-se o prazo concedido pela Administração Pública para o seu recolhimento parcelado, ou seja, março do referido exercício.

Este é o entendimento desta Câmara:

"*IPVA - Imposto sujeito a lançamento de ofício, nos termos da disciplina estabelecida pela Lei Estadual nº 6.606/89 - Hipótese, destarte, em que, constituído definitivamente o crédito tributário com a notificação do proprietário do veículo (janeiro de cada ano) e decorrido o prazo concedido para o recolhimento do tributo em causa (até o mês de março de cada exercício), passa a fluir, desde então, o lapso quinquenal para a cobrança do débito pela Fazenda - Prescrição do crédito tributário evidenciada na espécie, visto que já decorrido o citado prazo de 5 (cinco) anos a que se refere o art. 174 do CTN - Automóvel que, outrossim, foi apreendido em razão de adulteração do chassi, permanecendo em poder do Estado, o que descaracteriza o domínio ou posse do autor, a ensejar a dispensa do pagamento do imposto em tela - Apelo da Fazenda Estadual não provido*."[2]

No mesmo sentido já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Tributário - Malheiros Editora - 29ª Ed. - pág. 386.

2 TJ/SP, Apel. nº 0005186-95.2010.8.26.0408, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 06/03/2013.

"*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. NOTIFICAÇÃO.*

1. Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPVA e IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução fiscal, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.

2. A interposição de agravo regimental para debater questão já apreciada em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC atrai a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, CPC.

Agravo regimental improvido, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa atualizado."[3]

Assim, como a Fazenda do Estado somente ajuizou a presente execução fiscal em 2011, é inegável que deixou transcorrer o prazo prescricional previsto no regramento do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Destarte, observados tais marcos, verifica-se que a sentença de primeiro grau deu correta solução ao caso.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006291-71.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são apelados CLUBE HÍPICO DE SANTO AMARO e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA e PEIRETTI DE GODOY.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Acesso ao Sumário

3 STJ, AgRg no AREsp 246.256/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012.

Ementa: Ação civil pública – retomada compulsória de área de uso comum do povo ocupada por agremiação desportiva sob aveniência tácita da Municipalidade – restituição por injuntiva judicial em regime de transição consensuada, objetivando refrear repetição de negligência do poder público, *eo ipso* condicionando-se pela apresentação de um plano de destinação do local – admissibilidade – compensação pelo uso arbitrada em pecúnia e convertida em serviço de utilidade pública destinado à terapia de pessoas com necessidades especiais – associação que a despeito do uso privado da área exerceu função supletiva de relevância social evitando invasão e protegendo os monumentos naturais de faixa de Mata Atlântica – interesse público que não deve ser confundido necessariamente com o interesse da Municipalidade – concorrente princípio do enriquecimento sem causa – compensações recíprocas – recurso à equidade – sentença mantida – apelo desprovido.

VOTO

Vistos

Apelação cível manejada pelo Município de São Paulo em face do Ministério Público e Clube Hípico de Santo Amaro nos autos do processo de ação civil pública em curso na 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, cujo pedido foi julgado procedente para determinar que a demandada desocupe a área dentro de 60 dias a contar da manifestação formal de interesse do Município quanto ao uso do bem, e condenar o Clube a prestar o serviço de equoterapia à população nas condições e prazo que especifica, a tal se tendo arbitrado as cifras de R$ 350.000,00.

Vindica a apelante a declaração de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, no mérito, seja reintegrada na posse e que o cronograma de uso do local e a compensação pelo uso pretérito do bem público constituam faculdade eletiva da recorrente, posto não se conceba imiscua-se o Poder Judiciário em faculdades que ao gestor competem por preceptivo constitucional. Preexistia ordem de desocupação da área, entrementes, permitiu a sentença que a Associação demandada continuasse utilizando-a.

Recurso tempestivo, bem processado, com contrariedade assinada às fls.838/846 e 850/857.

Pronunciou-se a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento

Acesso ao Sumário

parcial ao apelo.

Tal, em abreviado, o relatório.

Não se cogita de declaração de nulidade onde o prejuízo não se faça demonstrar racionalmente.

A posição dominialista que o Município intenta esposar afigura-se de dificultosa sustentabilidade lógica para quem manteve comportamento ambivalente a esse respeito antes e durante a relação processual, exemplo disto podendo ser encontrado na inusitada migração da qualidade de sujeito passivo para o flanco de assistente litisconsorcial, sem que tivesse dado à publicidade os *fundamentos de fato e de direito* de tal rodopio, que ficaram na penumbra, conquanto se trate de fenômeno processual ainda não pacificado na jurisprudência e por isso impositivo de justificação teorética.

O que para logo se nota é que, a despeito de em mais de uma oportunidade expressar convicção quanto à imperiosidade da retomada da posse sobre o bem de uso comum do povo, paradoxalmente não chegou o Município a se mobilizar para que isto se efetivasse.

Ora bem: a Municipalidade conduziu o procedimento administrativo a passos lentos, irresolutos, com isto consentindo tacitamente na ocupação dilargada por anos seguidos sem que mínima dinâmica coerciva fosse envidada e, nesse ínterim, não apresentou nenhum projeto tendente a revitalizar o espaço público negligenciado, de molda a torná-lo aprazível a empreendimentos de real conotação social.

Podendo – e em não o tendo feito – recuperar na integralidade as faculdades inerentes ao domínio sobre a área clausulada e deixado que o órgão tutelar dos interesses indisponíveis da sociedade tomasse a iniciativa desta retomada, remanesce que todas as questões pendentes e outras que agora se insinuem à reflexão estão compreendidas no plexo de julgamento e naturalmente postas à margem do poder discricionário, partindo-se da premissa por vezes olvidada de que **interesse público não significa necessariamente interesse da personalidade jurídica de direito público aqui investida de assistente litisconsorcial.**

É vero que o Clube demandado utilizou a área para servir aos seus objetivos individuais, mas é incontendível que fê-lo simultaneamente protegendo o interesse da coletividade, seja enquanto tomou cautelas objetivas a que previsíveis invasões para construção de residências irregulares não se consumassem, o que costuma ser irreversível e socialmente traumático, seja ao passo em que blindou os recursos naturais da degradação iminente, processo quase sempre sem volta.

Referem os autos que o riachuelo que entrecorta a área teria sido canalizado à sua expensas.

Acesso ao Sumário

Um dos grandes dilemas hodiernos do urbanismo radica-se na ocupação desfuncionalizada dos espaços públicos.

Não há um só monumento que não tenha sido alvo do ataque dos vândalos, como será improvável não se encontrarem bancos, fontanas, chafarizes, esfinges e aparatos de iluminação que não tenham sido por eles agredidos. As nossas praças e os parques de todas as cidades, mesmo as pacatas do Interior, estão igualmente entregues ao abandono e são mesmo impensáveis sem cercas, segurança e o acesso mais ou menos controlado de pessoas.

Aqui há uma singularidade que cremos insuscetível de ser desconsiderada: a faixa de terreno de pouco mais de 5.000 m² que a demandada confinou às suas atividades recreativas e de terapia ocupacional corresponde a uma pequena fração de Mata Atlântica entremeada de edificações irregulares e, ao que denotam as fotografias anexadas à instância, sita no epicentro de um bolsão de miséria.

A escravização das Massas pelo consumismo desenfreado, a criminalidade em franca ascensão, e, sobretudo, a vertiginosa elevação dos coeficientes demográficos, para além de quaisquer outras determinantes palpáveis, tem deflagrado pressão ostensiva e irresistível sobre os ***monumentos naturais*** incrustrados no ambiente citadino, constituindo-se em motivo de permanente inquietação dos *ambientalistas* possuídos de visão holística.

Nem é preciso ser versado no ideário ecológico para ver que onde haja pequenas reservas florestais ou corpos de água urbanos de livre acesso ao público, a tendência é que estes redutos se prestem como refúgio de desocupados, ladravazes, usuários e traficantes de estupefacientes e até de "caçadores" de espécies vegetais exóticas.

Para estas depauperações silenciosas não se inventou nenhum mecanismo eficaz de vigilância pública, exceto o concurso efetivo do direito de propriedade privada, sendo de augurar que tão cedo a coletividade não poderá prescindir do proprietário-confinante como primeiro e mais importante parceiro **"cuidador do meio-ambiente"** para as gerações futuras.

A demandada inequivocamente explorou a gleba, mas não se pode ignorar que também zelou pelo espaço público legado ao abandono pela Municipalidade, exercendo função supletiva de proverbial relevância para a sociedade, de sorte que será agora restituída ao uso do povo e o órgão jurisdicional singular não fez senão por pacificar com equidade os interesses antagônicos, e tanto a meu ver o fez com justiça que o julgado logrou o consenso dos litigantes.

Acesso ao Sumário

Como a ocupação nunca foi clandestina e de certa forma contou com a aveniência da própria Municipalidade, afigura-se inapropriado imputar-lhe a pecha de "invasora" ou de detentora de má-fé, razão não subsistindo a que as compensações recíprocas penduleiem a conduzir a agremiação privada à ruína financeira, se trilhados venham a ser os rígidos parâmetros de mercado

imobiliário na quantificação dos valores devidos.

Princípio geral de direito e fonte universal de obrigações em todas as ramificações da fenomenologia jurídica, o **princípio do enriquecimento sem causa** aplica-se mesmo às atividades compugnadas em prol da Administração, ainda que a relação de direito material tenha sob algum aspecto e momento estado inoculada de irregularidade.

Recrutemos a este propósito síntese elucidativa de **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**: *in litteris*

> "De todo modo, como se vê, por um ou outro fundamento, o certo é que não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo nos parece, o *enriquecimento sem causa* – que é um princípio geral do Direito – supedaneia, em casos tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado ao seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido. Tem-se, portanto, que a *regra geral*, que o *princípio retor da matéria*, evidentemente é – e não pode deixar de ser o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo*, para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário*, quais sejam: *a prova, a demonstração robusta e substanciosa de que o empobrecido obrou com má-fé, concorrendo deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida*. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente de relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas ao depois considerada inválida."[1].

O exponencial senso de justiça do r. julgado singular fica patente, assim o pensamos, quando se solveu que haverá uma transição consensuada, pela qual a restituição se concretizará decorridos sessenta dias da apresentação de um **plano de efetiva destinação do local**, isto curialmente para que tudo de positivo até agora conquistado não se esvaia ou permaneça sob o risco de abandono repetido.

A desocupação para **fim nenhum e incondicionada**, como quer a recorrente, é riscosa de retrocessos e não consulta ao **interesse público** que – calha repetir – **não deve ser confundido com o interesse da Municipalidade**, cuja condição jurídica é de mera administradora dos bens que pertencem à

1 MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 210, p. 33.

Acesso ao Sumário

coletividade e que no caso *sub examinem* não vinha sendo gerido com adequação.

Nem se redargua que a condenação conversível em pecúnia imposta à demandada refoge às coordenadas formais do pedido, isso porque, em temática de direitos transindividuais não prevalece a cognominada *rigidez compartimentada* das lides individuais e o serviço de equoterapia, de fundamental eficácia para a terapêutica de pessoas com necessidades especiais se constitui em serviço de utilidade pública, com a vantagem adicional de se ter palmilhado o *princípio da economia processual*, evitando as delongas da execução de sentença calcada no incidente de liquidação delinear-se-á permeado de compensações recíprocas e de dificultosa quantificação.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0607613-82.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, SERVIÇO SOCIAL DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SECONCI, MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S.A. e CASA DE SAÚDE SANTA MARCELINA, é apelado JUAREZ LIMA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos de apelação e negaram provimento ao agravo retido. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Lilian Hernandes Barbieri.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19059)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO RETIDO. Reiterado com a apelação. Erro médico. Indenização. Hospital público estadual administrado pelo Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo. Transferência da administração que não afasta a responsabilidade da Fazenda do Estado, por isso com legitimidade para responder à demanda. Recurso não provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Não detectada fratura no joelho esquerdo. Falha do serviço. Condutor de motocicleta ferido em colisão com caminhão. Fato que recomendava melhor averiguação das lesões. Diagnóstico correto quatorze dias após o acidente, por médico do empregador. Falha que retardou o tratamento e a recuperação, aumentando o tempo de limitação e de sofrimento. Dano moral. Indenização devida. Redução de cinquenta salários mínimos para cinco mil reais. Juros de mora desde o evento danoso. Artigo 398 do Código Civil e Súmula 54 do STJ. Nega indenização por danos materiais. Sucumbência recíproca. Recursos parcialmente providos.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Entidades de caráter assistencial e filantrópico, sem fins lucrativos. Não demonstrada impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção. Súmula 481 do STJ. Benefício negado. Decisão mantida.

DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Honorários advocatícios. Denunciada que aceitou a denunciação e se colocou como litisconsorte da denunciante. Descabida a sua condenação na lide secundária. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A sentença, proferida pela eminente juíza, Doutora Paula Micheletto Cometti, rejeitou pedido de indenização por danos materiais e acolheu quanto aos danos morais, decorrentes de erro médico, fixada em cinquenta salários mínimos, a cargo dos réus em caráter solidário, arcando cada parte com os honorários advocatícios de seus patronos, em razão da sucumbência recíproca (fls. 1014).

Foram acolhidos embargos de declaração para indeferir o benefício da gratuidade para Seconci e Casa de Saúde Santa Marcelina, e julgar procedente a lide secundária de modo a condenar a denunciada a arcar com o valor segurado, no limite da apólice, descontado o valor da franquia obrigatória, tendo fixado honorários advocatícios em mil reais (fls. 1027/1028).

Apelam os réus pela total improcedência da demanda ou pela redução do valor da indenização, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo descabida a fixação em salários mínimos. Alegam

Acesso ao Sumário

falta de ilicitude e de nexo da causalidade com o suposto dano; que não foi comprovada falha no atendimento.

O Estado reitera agravo retido contra a decisão que rejeitou a sua alegação de ilegitimidade passiva, dado que o hospital público onde ocorreram os fatos é gerido pelo Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito privado, cabendo a ele responder pelos danos causados a terceiros, nos termos do contrato nº 001.0100.000.487/2007 (fls. 1038).

Seconci, gestor do Hospital Estadual de Vila Alpina, postula o benefício da gratuidade, por se tratar de entidade com natureza filantrópica (fls. 1056).

Casa de Saúde Santa Marcelina reitera o pedido de gratuidade, por falta de recursos e por se tratar de associação civil de utilidade pública, de caráter assistencial e filantrópica (fls. 1078).

A seguradora, denunciada à lide por Seconci, pede seja afastada a condenação da denunciante, por falta de provas de que tenha contribuído para o ato lesivo; não demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta médica e o evento danoso; a ficha do atendimento ambulatorial demonstra que o autor não se queixava de dores no joelho; ou redução do valor da indenização e afastamento da sua condenação em honorários advocatícios, porque aceitou a denunciação da lide, comparecendo apenas para limitar sua responsabilidade ao capital segurado contratado e auxiliar na defesa da segurada. Se mantido o valor, os acréscimos devem incidir a partir da decisão que o arbitrou (fls. 1072).

Recursos respondidos pelo autor.

É o relatório.

Não incide hipótese de reexame necessário por ser o valor da condenação inferior a sessenta salários mínimos.

Diz a petição inicial que, no dia 16 de abril de 2007, na altura do número 2600 da Avenida Sapopemba, o autor teve a sua motocicleta atingida por um caminhão, tendo sido socorrido por uma equipe do Resgate e levado para o Hospital da Vila Alpina, onde ficou em observação por algumas horas, foi radiografado e dispensado sem que nada fosse constatado.

Acesso ao Sumário

Passados três dias, sentindo fortes dores na perna, procurou a Casa de Saúde Santa Marcelina, onde permaneceu internado por seis dias, recebendo alta em 25 de abril de 2007, ainda com dores na perna. No dia 30 de abril, ainda com dores, passou pelo médico da empresa, que examinou laudos e exames radiográficos e constatou fratura no joelho, encaminhando-o ao Hospital Santa Helena, onde recebeu o tratamento correto, isso catorze dias depois do acidente, de modo que o tempo de recuperação e de sofrimento foi postergado por falha dos dois hospitais, que deixaram de detectar a fratura no joelho.

Postulou indenização por danos morais no montante de R$ 12.573,00 e cem vezes esse montante (R$ 127.573,00) pelo dano moral, em razão da

humilhação por ser tratado com descaso, negligência e imperícia, com a sua locomoção limitada.

A transferência da administração do hospital público para o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – Seconci não afasta a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de falha de atendimento no referido hospital.

O contrato celebrado com o ente privado, para "operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde" do Hospital Estadual de Vila Alpina (fls. 140/146), tem efeito restrito entre as partes, não sendo oponível a terceiros para efeito de excluir a responsabilidade atribuída pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Considerando, pois, a legitimidade passiva "ad causam" da Fazenda do Estado, nega-se provimento ao agravo retido de fls. 819/820, reiterado na apelação, contra a decisão de fls. 796, na parte que manteve o Estado no polo passivo.

A perícia médica, realizada pelo IMESC, com laudo apresentado em 31 de março de 2011 (fls. 838/842), embora confirme as alegações dos hospitais de que não se tratasse de tratamento cirúrgico emergencial, ao responder aos quesitos formulados pelas partes, afirma que a radiografia feita no dia em que o autor deu entrada no Hospital Estadual de Vila Alpina, em 16 de abril de 2007, evidenciava "fratura da tíbia proximal (planalto/platô tibial)".

Assim, mesmo sendo diagnosticado fato relevante de Trombose Venosa Profunda (TVP), que exigiu maior atenção e internação no segundo hospital, não é escusável não ter sido detectada a fratura no joelho, evidenciada na primeira radiografia.

O fato do autor não ter retornado ao tratamento ambulatorial, após a alta hospitalar, não afasta a responsabilidade, pois a dor persistia e a fratura foi detectada pelo médico do empregador, que cuidou de investigar melhor a suspeita, o que deveria ter sido feito pelos hospitais, ainda que não exigisse cirurgia imediata.

Portanto, houve falha dos dois hospitais, que retardou o início do tratamento e, por consequência, o tempo de recuperação, do sofrimento imposto pela dor e das limitações à deambulação, por catorze dias, sendo que o tratamento cirúrgico correspondente acabou sendo feito em outro hospital, somente em 8 de maio de 2007, sendo que o acidente com o autor aconteceu em 16-04-2007.

Pouco importa se o autor, no primeiro momento, reclamou ou não de dor na região do joelho, considerando que a fratura foi evidenciada na primeira radiografia e o fato de que o acidente envolvendo motocicleta e caminhão recomendava melhor averiguação das possíveis lesões.

Tampouco a constatação de um fato mais grave, de lesão intra-articular,

Acesso ao Sumário

com suspeita de trombose venosa profunda, como relatam as testemunhas João de Oliveira Camargo Neto, Thiago do Prado Tonial e Reginal Baruki, a primeira, médico ortopedista do Hospital Vila Alpina, e as duas últimas, médicos do Hospital Santa Marcelina, desqualifica a falha quanto à fratura no joelho (fls. 956/961).

Portanto, correta a responsabilização dos réus pelos transtornos e sofrimentos acarretados pela postergação do tratamento exigido pela fratura no joelho, dores e limitações consequentes, por catorze dias, passível de indenização por dano moral, que, no entanto, cabe reduzir, de cinquenta salários mínimos para cinco mil reais, de modo mais compatível com o grau e tempo de sofrimento, sendo a correção monetária a partir deste julgamento e os juros de mora a partir da data do fato, assim considerada a data do primeiro atendimento, em 16-04-2007, no Hospital Vila Alpina (Código Civil, artigo 398; Súmulas 54 e 362 do STJ).

Cumpre afastar a condenação da denunciada em honorários advocatícios, por ter aceitado a denunciação, comparecendo em juízo para expor a limitação da sua responsabilidade de acordo com o capital segurado e auxiliar na defesa da segurada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ:

Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide, em relação à ré-denunciante (STJ – 4ª T., REsp 530.744, Min. Sávio de Figueiredo, j. 18.8.03, DJU 29.9.03). No mesmo sentido: STJ – 2ª T., REsp 1.065.437, Min. Eliana Calmon, j. 5.3.09, DJ 2.4.09 (Theotônio Negrão e outros, em nota 5a ao artigo 76 do CPC).

DENUNCIAÇÃO DA LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA POR PARTE DO DENUNCIADO. DESCABIMENTO. Inexistindo resistência do denunciado, que aceitou a sua condição e se colocou como litisconsorte da denunciante, é descabida a sua condenação em honorários de advogado pela denunciação da lide. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido (REsp nº 579386/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17-11-2005, DJ 19-12-2005).

Juros de mora pela taxa SELIC, como decorre do artigo 406 do Código Civil, sem possibilidade de cumulação com correção monetária, que a referida taxa já contempla e, somente em relação ao Estado, a partir da vigência da Lei 11960/2009, dada a declaração de inconstitucionalidade parcial do seu artigo 5º, pelo STF, em 14-03-2013, no julgamento da ADIN 4357, correção monetária com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, e juros de mora com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados

à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei 11960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9494/1997 (REsp nº 1.270.439 – PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, votação unânime, com os efeitos do artigo 543-C do CPC, sistemática dos recursos repetitivos, j. 26-06-2013, DJe 02-08-2013).

Com respeito ao benefício da gratuidade, pode ser concedido também às pessoas jurídicas, que comprovem insuficiência econômica:

STJ, Súmula 481: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

No entanto, os documentos apresentados não evidenciam falta de condições para arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção dos réus que se qualificam como entidades de caráter assistencial e filantrópico, sem fins lucrativos, sendo por isso mantida a decisão que lhes negou o benefício da gratuidade.

Na forma do exposto, apenas para reduzir o valor da indenização por dano moral para cinco mil reais, com correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora a partir da data do fato, e afastar a condenação da denunciada em honorários advocatícios, **DÁ-SE** parcial provimento aos recursos de apelação e **NEGA-SE** provimento ao agravo retido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006427-63.2013.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante ANDERSON RENATO ENSIDE, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento a apelação com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.313)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: REVISÃO ACIDENTÁRIA – AUXÍLIO-DOENÇA PAGO ENTRE 11.04.2002 E 29.10.2007 – AÇÃO AJUIZADA EM 19.11.2012 – PRESCRIÇÃO

Acesso ao Sumário

CONFIGURADA.

"Levando-se em conta que todas as parcelas do benefício, cuja revisão ora se busca, são anteriores ao quinquênio retroativo contado da data do ajuizamento da ação, resta configurada na espécie a prescrição a obstar a pretensão. Em que pese a sucumbência, o autor está isento dos ônus decorrentes."

Apelação desprovida com observação.

VOTO

Anderson Renato Enside move a presente ação em face do INSS objetivando, em síntese, a revisão da renda mensal inicial do auxílio-doença NB 91/502.036.402-5, que recebera entre 11.04.2002 e 29.10.2007 (ver fls. 42), mediante recálculo do salário-de-benefício com adoção dos 80% maiores salários-de-contribuição que compuseram o período básico de cálculo.

Citado, apresentou o INSS contestação arguindo decadência e prescrição quinquenal (fls. 34/37).

Sobreveio a r. sentença que, considerando não ter o autor demonstrado a alegada irregularidade no cálculo do benefício, julgou improcedente o pedido inicial e o condenou ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00, observado o disposto na Lei nº 1.060/50 (fls. 53/54 verso).

Inconformado, apela o autor pugnando pela reforma da r. sentença. Insiste, em suma, no pedido de revisão postulado (fls. 57/66).

Vieram as contrarrazões (fls. 70).

É o relatório.

Passo a decidir.

Embora por fundamento diverso, mantenho o decreto de improcedência do pleito.

Acesso ao Sumário

A presente ação revisional foi ajuizada em 19.11.2012, de forma que, observado o quinquênio retroativo a contar de tal data, todas as prestações anteriores a 19.11.2007 estariam fulminadas pela prescrição.

Levando-se em conta que o auxílio-doença (NB 91/502.036.402-5) foi pago apenas no período de 11.04.2002 a 29.10.2007 (ver fls. 42) é notório que todas as prestações no caso já estão atingidas pela prescrição.

De rigor, pois, a manutenção do decreto de improcedência do feito, apenas com a ressalva de que o autor está isento dos ônus da sucumbência por força da expressa disposição legal (artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso com a

observação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0169448-64.2006.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é apelante CARAMURU ALIMENTOS LTDA., é apelada CETESB – COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Renan de Oliveira Miguel Casagrande.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GERMANO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 25 de março de 2014.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – CETESB – Pretensão de anulação de autos de infração – Alegada inexistência de nexo causal entre a atividade desenvolvida pela autora e a poluição que deu origem a autuação – Art. 3º, IV, da Lei 6.938/81 define como poluidor toda pessoa física ou jurídica de direito público ou privado responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental – Autora responsável pelos danos ambientais, ainda que indiretamente por manipular a carga potencialmente poluidora – Induvidoso seu dever de prevenir e evitar a ocorrência da poluição – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação anulatória de multa proposta por Caramuru Alimentos Ltda., em face da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB, objetivando a anulação de autos de infração, sob o fundamento de que

Acesso ao Sumário

inexiste nexo causal entre sua atividade e a poluição que deu ensejo as infrações, pois os agentes que deram causa à poluição atmosférica era de propriedade e estava sob exclusiva responsabilidade da empresa Citrosuco Paulista S/A, responsável pela infração ambiental.

II. A ação foi julgada improcedente, condenando-se a autora nas despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

III. Interposto recurso de apelação pela autora, pugnando pela reforma da sentença monocrática.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação ofertado por autora de ação anulatória ajuizada em face da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – Cetesb, objetivando desconstituir auto de infração, sob o fundamento de inexistência de nexo causal entre sua atividade e a poluição que deu origem a autuação, mas que julgada improcedente na origem.

O recurso, todavia, não prospera.

Não colhe a preliminar de cerceamento de defesa.

Como se vê da análise dos autos, tendo sido aceita prova técnica emprestada, inclusive, atendendo requerimento da apelante se afigura absolutamente impróprio a produção de nova perícia.

A prova testemunhal pela qual bate-se a autora, por sua vez, demonstra-se desnecessária, uma vez que a questão pode ser suficientemente resolvida pela farta prova documental produzida nos autos.

Nesse sentido de se reconhecer a irrelevância da pretendida prova oral.

No mérito, o recurso também não deve ser acolhido uma vez que o juiz monocrático deu à lide solução absolutamente adequada.

Isso porque, a responsabilidade ambiental da autora é manifesta, nada obstante a proprietária da carga seja pessoa jurídica distinta.

Essa responsabilidade se assenta no fato de ser ela operadora portuária do Armazém XL, com fundamento no art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81, que definiu como poluidor toda pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Disso decorre, como consequência que ao teor da legislação invocada "poluidor", não é somente aquele cuja atividade provoque diretamente a degradação ambiental, como ainda, todo aquele que envolvido no processo, for por ela responsável.

Certo que não sendo a autora a responsável direta pelos danos ambientais, a eles se vinculou, ainda que indiretamente, por manipular a carga potencialmente

Acesso ao Sumário

poluidora e ser também, responsável pela manutenção preventiva e corretiva de todas as instalações portuárias do Armazém XL.

Daí ser induvidoso que tinha ela poder de controle sobre as condições que levam a ocorrência de poluição, tendo, portanto, o dever de preveni-la ou evitá-la.

Demais disso, cuida-se de responsabilidade civil de natureza objetiva (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81), pelo que despiciendo perquirir-se de dolo ou culpa.

Para tanto basta a prova do dano, que é inequívoca na hipótese, e o nexo de causalidade, absolutamente demonstrado.

Presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade objetiva em matéria de meio ambiente, à luz do disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

De se acrescer, ainda, que cuida de responsabilidade civil objetiva de risco integral, inibindo, inclusive, as excludentes de força maior, culpa ou fato de terceiro.

Daí o porquê, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004973-82.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada THEREZA APPARECIDA DE SIQUEIRA COSTA, é apelada/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da SPPREV e deram provimento ao recurso da autora Thereza Apparecida de Siqueira Costa, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Gustavo Scudeler Negrato.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.423)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 2 de abril de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: PENSÃO POR MORTE – ABONO – Pretensão da autora voltada a atualização monetária de parcelas fixas pagas pela autarquia previdenciária estadual entre os anos de 2003 e 2010, referentes à

Acesso ao Sumário

retroação do abono salarial instituído pelas Leis nºs 9.655/98 e 10.474/2002, bem como ao pagamento da diferença de 25% do principal devido, de modo a se alcançar a integralidade do valor do subsídio do instituidor do benefício – Procedência parcial dos pedidos pronunciada em primeiro grau – Inocorrência da prescrição do fundo de direito ou mesmo de parcelas da dívida reclamada na petição inicial – Reconhecimento administrativo do débito, consistente no pagamento parcelado implementado a partir de junho de 2003, que interrompeu o curso da prescrição até solução da última parcela em fevereiro de 2010, data em que teria lugar então a verificação da suficiência das quantias adimplidas – Admissível, destarte, a revisão dos cálculos administrativos elaborados e a complementação dos pagamentos – Incidência de correção monetária sobre verbas remuneratórias pagas com atraso a servidores que é devida por injunção constitucional (art. 116 da CE) – Direito da autora ao recebimento de pensão integral que, outrossim, foi reconhecido em anterior ação judicial, devendo o abono pendente de pagamento observar estritamente a coisa julgada – Apelo da autora provido – Recurso da autarquia ré não provido.

VOTO

Cuida-se de ação de rito ordinário, movida por Thereza Apparecida de Siqueira Costa contra São Paulo Previdência – SPPREV, objetivando: "*o pagamento de correção monetária não incluída a partir de agosto de 2002 na indenização paga pela autarquia previdenciária estadual em 84 (oitenta e quatro) parcelas fixas entre os anos de 2003 e 2010, referente à retroação do abono salarial instituído pelas Leis nºs 9.655/98 e 10.474/2002, bem como de diferença de 25% (vinte e cinco por cento) do principal devido por referido abono salarial e que deixou de ser considerada no cálculo do valor da indenização parcialmente paga*" (v. fl. 08).

Sustenta a autora, em síntese, que: desde 29/02/2000 recebe pensão pela morte do ex-desembargador Paulo da Silva Costa; o artigo 6º, da Lei nº 9.655/1998, dispôs sobre a concessão aos membros do Poder Judiciário de um abono variável de 38,01%, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1998, percentual que veio a ser majorado pelo artigo 2º, da Lei nº 10.474/2002; a diferença apurada em agosto de 2002, em razão do atraso na implementação

Acesso ao Sumário

e majoração do abono (entre janeiro de 1998 e agosto de 2002), foi paga em 84 (oitenta e quatro) parcelas fixas entre os anos de 2003 e 2010, sendo que a última parcela foi satisfeita em 05/02/2010; para o pagamento do abono o órgão previdenciário tomou por base somente o percentual de 75% dos proventos/vencimentos do ex-desembargador; de outro lado, a correção monetária devida pela inflação acumulada foi paga apenas aos magistrados em atividade e aposentados, mas não aos pensionistas; há enriquecimento ilícito da autarquia, incidindo então na espécie o artigo 884 do Código Civil. Daí o ajuizamento da presente demanda.

A r. sentença de fls. 77/79, proferida pela Drª Paula Micheletto Cometti, reconheceu a prescrição do fundo do direito quanto ao redutor de 25% sobre o montante pago e condenou a ré a pagar a correção monetária não incluída no parcelamento das oitenta e quatro parcelas do abono salarial instituído pelas Leis Estaduais nºs 9.655/98 e 10.474/02, a ser feito com a utilização da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, incidindo juros de mora de 0,5% ao mês a partir de cada prestação, limitado o ressarcimento ao prazo prescricional de cinco anos contados da distribuição da presente ação.

Por conta da sucumbência recíproca, condenou as partes no pagamento das custas e despesas processuais desembolsadas, devendo, cada qual, arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

Os embargos de declaração opostos pela autora foram rejeitados pelo juízo *a quo* (v. fl. 99).

No prazo legal, as partes apelaram.

Sustenta a autarquia, em síntese, que: a prescrição deve ser reconhecida sobre a integralidade da pretensão deduzida, pois as diferenças se referem ao período de 01/01/1998 a 30/08/2002 e, considerando a regra de que o acessório segue o principal, o direito a cobrança dessas diferenças está mesmo fulminado pela prescrição; caso se considere o termo *a quo* como sendo o pagamento de cada uma das 84 parcelas, estarão prescritas as parcelas anteriores a janeiro de 2008, uma vez que a ação foi ajuizada em janeiro de 2013; assim, pugna pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do Decreto nº 20.910/32; utilizou a base de cálculo de 75% da retribuição-base vigente na data do falecimento do contribuinte, na forma do que previa o artigo 144 da Lei Complementar Estadual nº 180/1978; a alteração legislativa, que modificou a sistemática do pagamento de pensões, ocorreu apenas em 15 de julho de 2007 (art. 1º, da LCE nº 1.012/2007); no tocante a correção monetária, efetuou os pagamentos nos exatos termos da determinação do Egrégio Tribunal de Justiça e por isso não pode ser responsabilizada por eventual mora; o abono constitui um "plus" que não gera aos contemplados direito subjetivo a atualização monetária; pagar uma verba com atraso pelo seu valor original não se confunde com o pagamento de

Acesso ao Sumário

uma verba em caráter retroativo pelo valor singelo; a Lei Federal nº 10.474/02 não previu atualização monetária das parcelas referentes à retroação do abono em questão; não é dado conceder benefício além daquele previsto em lei; o Tribunal Pleno determinou o pagamento do referido abono em 84 (oitenta e quatro) parcelas de acordo com a disponibilidade orçamentária e sem correção monetária, posto não haver previsão legal; o parcelamento era necessário para se manter o equilíbrio financeiro-econômico entre as despesas e receitas, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101, de 4/5/2000). Pede, daí, a reforma parcial do *decisum.*

A autora, a seu turno, alegou, em preliminar, nulidade da sentença, por ter sido fundamentada em premissa de que teria ciência inequívoca do crédito em agosto de 2002, sendo que as parcelas de indenização começaram a ser pagas somente em junho de 2003. No mérito, aduziu, em essência, que: não se consumou prescrição alguma, uma vez que à época não ficou evidente que não haveria pagamento integral do abono; a indenização apurada pela ré foi paga em parcelas fixas entre junho de 2003 e fevereiro de 2010, período em que a autarquia não mais limitava sua pensão mensal a 75% dos vencimentos do desembargador falecido, isto em decorrência da condenação em ação de obrigação de fazer já transitada em julgado (processo nº 9127557-80.2001.8.26.0000); não tinha como supor que a indenização não seria paga com base na integralidade; não recebeu qualquer informação da ré de que a indenização seria paga apenas à base de 75% do principal devido; nos demonstrativos apenas era anotado o número da parcela; não anuiu com a forma de pagamento ora impugnada, sobretudo na data considerada na sentença; somente em 16/05/2011, após ser questionada, a ré enviou ofício à Coordenadoria de Aposentados e Pensionistas da APAMAGIS noticiando que o pagamento foi calculado considerando 75% do principal do abono; a correção monetária foi reconhecida como devida pela Administração, que promoveu o correspondente pagamento administrativo aos magistrados em atividade, aposentados e pensionistas daqueles que estavam vivos no período de apuração do abono; quando a autarquia optou por parcelar o débito apurado, concordou tacitamente com a interrupção do prazo prescricional, nos termos do artigo 202, VI, e parágrafo único, do Código Civil; assim, a presente demanda poderia ter sido proposta até a data de 04/02/2015. Pugna, então, pela reforma parcial do *decisum.*

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 160/181.

É o relatório.

Cumpre, de início, afastar a alegação preliminar de nulidade da sentença suscitada pela autora.

A douta magistrada *a quo* fundamentou sua decisão asseverando que:

"*E de se reconhecer a prescrição do fundo do direito quanto ao*

redutor de 25% sobre o montante.

E isso porque, no momento em que a Administração comportou-se no sentido de tornar evidente a intenção de pagar somente 75% do montante devido, surgiu o direito ao ressarcimento contra a Fazenda Pública do Estado, o que se deu em agosto de 2002.

Dessa forma, não havendo requerimento administrativo pendente de apreciação quanto ao pagamento de 25% do montante devido, não há que se falar em suspensão do prazo prescricional, operando a prescrição quinquenal em 30 de agosto de 2007" (v. fl. 78).

Como se vê, foi deduzida motivação plausível, entendendo a juíza de primeiro grau que o marco inicial da prescrição seria o momento em que a Administração efetuou o cálculo e, consequentemente, tornou evidente a intenção de pagar apenas 75% do montante devido, o que arreda a indicação de nulidade do *decisum.*

Repelida tal objeção, passa-se ao exame da questão de mérito.

No tocante a prescrição, inexiste prova nos autos de que, à época da apuração do valor devido (agosto de 2002) ou do início do pagamento parcelado da dívida (junho de 2003), a ré tenha dado ciência inequívoca à autora acerca dos critérios de cálculo adotados, especialmente quanto à ausência de correção monetária das parcelas e do percentual de 75% aplicado.

Nesse passo, o reconhecimento administrativo do débito, consistente no pagamento parcelado implementado a partir de junho de 2003, interrompeu o curso da prescrição até solução da última parcela em fevereiro de 2010, data em que teria lugar então a verificação da suficiência das quantias adimplidas.

A propósito, a minuta recursal de fls.115/130 dá conta, na justa medida, que:

"*A indenização apurada pela ré foi paga, em parcelas fixas, entre junho de 2003 e fevereiro de 2010 (cfr. Demonstrativos anexados à peça exordial – fls. 16/35), período em que a autarquia previdenciária estadual não mais limitava a pensão mensal da apelante a 75% dos vencimentos devidos ao magistrado falecido, por força do cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada, com trânsito em julgado, em precedente ação ajuizada para que a integralidade prevista no art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, fosse respeitada [processo nº 246.276-5/5-00, atual nº 9127557-80.2001.8.26.0000 (994.01.070519-3) – cfr. Documentos juntados com a petição inicial às fls. 36/42].*

Não tinha, pois, a autora, que já vinha recebendo integralmente sua pensão mensal, como supor que a indenização apurada em razão de valor acumulado do abono salarial em comento e que começou a

Acesso ao Sumário

ser paga parceladamente a partir de junho de 2003 não respeitaria a integralidade e a paridade de tratamento assegurados pela Magna Carta e por r. decisão transitada em julgado nos autos da precedente ação judicial noticiada.

A autora, assim como a generalidade dos pensionistas de magistrados estaduais, não recebeu, ressalta-se, qualquer informação da autarquia previdenciária ré previamente ao início do pagamento parcelado da indenização comunicando que ela corresponderia apenas a 75% do principal devido e que as diferenças de correção monetária devidas no período de parcelamento em valor fixo não seriam pagas, diversamente do que impõem a lei e os mais basilares princípios morais e éticos que norteiam, ou deveriam nortear, a atuação da Administração Pública. *(g. n.)*

Pode-se aferir, ademais, nos demonstrativos de pagamento juntados com a petição inicial (fls. 16/35) que a autarquia ré, ora apelada, apenas informava qual era o número da parcela que estava sendo paga e a legislação instituidora do abono salarial que resultou em seu dever de pagar a indenização que insuficientemente apurou, que em momento algum estabelecia que pensionistas receberiam apenas 75% do valor que seria devido aos falecidos magistrados contribuintes, não havendo, pois, qualquer prova nos autos de que tenha informado à autora mais de 5 anos antes da propositura da demanda que a indenização que estava sendo paga parceladamente não corresponderia à integralidade do montante devido.

(...)

A autora, ressalta-se, somente teve conhecimento de que o principal da indenização paga pela autarquia previdenciária estadual corresponderia a apenas 75% do total devido, calculada retroativamente para agosto de 2002, depois de cessado o pagamento da 84ª parcela da indenização confessada pela ré, ocorrido em 5 de fevereiro de 2010 (cfr. demonstrativo de pagamento juntado à fl. 35), quando foi se informar, por intermédio da Coordenadoria de Aposentados e Pensionistas da APAMAGIS – Associação Paulista de Magistrados, quando e como seria paga a diferença de correção monetária devida ao longo de oito anos, recusada pela ré, que, por ofício datado de 16 de maio de 2011, juntado por cópia à fl. 43, informou que a indenização paga aos pensionistas de magistrados estaduais havia sido calculada considerando apenas 75% do principal devido por referido abono indenizatório.

Antes disso não tinha a autora qualquer motivo para presumir que a ré estivesse desrespeitando a integralidade preconizada na Magna Carta

Acesso ao Sumário

(art. 40, §§ 4º e 5º, em sua redação original) e assegurada pela coisa julgada consolidada em anterior ação judicial (cfr. documentos juntados a fls. 36/42), de modo que a cobrança dessa diferença de 25% (vinte e cinco por cento) do abono indenizatório em comento não foi fulminada pela prescrição e poderia ter sido exercida em juízo até, no mínimo, 4 de fevereiro de 2015, contando-se, assim como o prazo para a cobrança de correção monetária sobre o principal devido, da data de pagamento da última parcela do valor confessado pela ré" (v. fls. 116/118).

É de se afastar, portanto, a indicação de ocorrência da prescrição do fundo do direito ou mesmo de parcelas da dívida apontada na petição inicial.

Cumpre ter em mente que, enquanto pendente de cumprimento a obrigação confessada administrativamente, mediante pagamento parcelado da dívida, sem qualquer indicação quanto a forma de sua consolidação, mostrava-se mesmo admissível a revisão dos cálculos elaborados e a complementação do pagamento.

Aliás, lícito era à pensionista esperar a estrita observância, por parte da Administração, dos princípios da legalidade e da moralidade, insculpidos nos art. 37, *caput*, da Constituição Federal, aguardando então que esta cumprisse a obrigação em sua integralidade, notadamente complementando os pagamentos feitos a menor pela perda do poder aquisitivo da moeda, em razão do atraso com que foram feitos; a ora autora não competia praticar nenhum ato, a não ser aguardar, não havendo então qualquer fato jurídico que autorize o reconhecimento da consumação do lapso extintivo na espécie.

Na verdade, o pagamento da última parcela ocorreu a menos de 5 (cinco) anos da propositura da ação e a pretensão deduzida na petição inicial deve ser então integralmente acolhida.

Como alardeado na petição inicial, "*a autora é pensionista de magistrado do Estado de São Paulo, Dr. Paulo da Silva Costa, falecido em 29 de fevereiro de 2000. Por força do disposto no art. 6º, da Lei nº 9.655, de 2 de junho de 1998, concedeu-se aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, um abono variável, de 38,01%, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1998, valor que veio a ser majorado pelo art. 2º, da Lei nº 10.474/2002. Parte da diferença apurada em agosto de 2002 em razão do atraso na implementação e majoração do abono pelas leis em questão, entre janeiro de 1998 e agosto de 2002, foi paga aos membros da magistratura, ativos, inativos e seus pensionistas, em 84 parcelas fixas entre os anos de 2003 e 2010, tendo a última delas sido paga em 5 de fevereiro de 2010.* ***A correção monetária devida pela inflação acumulada nesse período de quase 8 (oito) anos foi paga pela Administração Pública apenas aos magistrados em atividade e aposentados, nada tendo sido pago, contudo, à autora e demais pensionistas a esse título***" (v. fls. 2/3) (g. n.).

Acesso ao Sumário

Ora, com o advento da Constituição Estadual em 5 de outubro de 1989 tornou-se obrigatória a incidência de correção monetária sobre vencimentos de servidores públicos pagos pela Administração Pública com atraso, consoante disposto em seu artigo 116, a saber:

> "*Os vencimentos, vantagens, ou qualquer parcela remuneratória, pagos com atraso, deverão ser corrigidos monetariamente de acordo com os índices oficiais aplicáveis na espécie*".

Trata-se de dispositivo auto-aplicável, que independe de regulamentação.

Registre-se, inclusive, que o Pretório Excelso, no julgamento do RE nº 220.253-5-RN, deixou assentado que a imposição, por Constituição Estadual, de correção monetária aos vencimentos de servidores públicos pagos com atraso não usurpa a competência privativa da União para legislar sobre o sistema monetário, nem afronta o princípio da separação e independência dos poderes (v. RT 754/206).

Como é sabido, a correção monetária tem o sentido inequívoco de manter atualizado o valor da moeda, em face da perda da substância corroída pela inflação. Na síntese do eminente Ministro Athos Carneiro, a correção monetária não é um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

E, no caso vertente, em se tratando de verba de natureza alimentar, consubstanciando dívida de valor, a atualização monetária é mesmo inafastável, a partir da data em que cada parcela deveria ter sido solvida.

Ademais, antes mesmo da Carta Magna Paulista vir a reconhecer o caráter alimentar das dívidas dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal já admitia a atualização em causa (v. RTJ 117/133 e 136/1.351).

Prospera, destarte, a ação no particular.

De outro lado, emerge dos autos que a verba parcelada não correspondeu a integralidade do principal devido, sendo calculada com base em 75% da remuneração do instituidor da pensão.

Ora, o direito da autora ao recebimento de pensão integral foi reconhecido em anterior ação judicial (apelação nº 9127557-80.2001.8.26.0000), não havendo qualquer razão para que a autarquia previdenciária estadual continuasse a calcular as verbas devidas à pensionista no percentual de 75%, com o que afrontou a coisa julgada (v. fls. 38/42).

Logo, também tem lugar a complementação do principal devido, de modo que o abono pago administrativamente corresponda a integralidade do subsídio que vinha sendo pago ao contribuinte do sistema previdenciário estadual.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo da autarquia ré e dá-se provimento ao apelo da autora para o fim de:

– condenar a acionada ao pagamento da diferença de 25% do principal

Acesso ao Sumário

pago a título de abono variável, nos moldes do pedido inicial, incidindo atualização monetária a contar de cada vencimento, além de juros moratórios a partir da citação, à taxa de 6% ao ano, na forma do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001; afasta-se a aplicação do artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/09, haja vista a inconstitucionalidade por arrastamento pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 4.357 e 4.425;

– afastar a prescrição pronunciada em primeiro grau, devendo então ser solvida a correção monetária relativa às 84 parcelas pagas no período de 2003 a 2010, com os acréscimos sobre as diferenças devidas já definidos na sentença.

Carreia-se ainda à acionada o pagamento das custas e despesas processuais desembolsadas, além de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0005021-39.2012.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRANDÓPOLIS e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelada RAQUEL THAIS GARCIA ROVERI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 18 de dezembro de 2013.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO - Ação de obrigação de fazer - Preliminar de falta de interesse de agir afastada - Procedimento cirúrgico fetal - Possibilidade - Dever do Estado que se constata de plano, em face do que

Acesso ao Sumário

dispõe o art. 196 da Constituição Federal - Obrigação solidária dos entes da federação - Requisitos legais preenchidos para a realização do procedimento - Inocorrência de ofensa à independência e harmonia dos Poderes - Descabimento de prévia autorização e previsão orçamentária - Eventual direito de regresso a ser discutido em procedimento próprio - Honorários mantidos - Sentença de procedência mantida - Preliminar afastada e negado provimento aos recursos."

VOTO

Ação obrigação de fazer ajuizada por RAQUEL THAIS GARCIA ROVERI em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DO MUNICÍPIO DE MIRANDÓPOLIS. Alegou estar gestante e que em exame foi constatado que o nascituro padece de "*Síndrome de Arnold-Chiari*", necessitando de cirurgia fetal, mas que não possui condições financeiras de arcar com os custos da intervenção. Postulou a condenação das rés ao pagamento das despesas médicas, inclusive cirúrgicas de que necessita.

A tutela foi deferida (fls. 192/196).

A r. sentença de fls. 365/372 julgou procedente o pedido, para condenar as rés, solidariamente, a custear as despesas do procedimento cirúrgico, incluindo honorários médicos, despesas hospitalares e outras que se fizerem necessárias, bem como, condenou as rés ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Apela a Fazenda do Estado de São Paulo (fls.374/401). Preliminarmente, sustenta falta de interesse de agir. No mérito, afirma a impossibilidade de contratação do Centro Paulista de Medicina Fetal e que o procedimento é experimental. Alega ingerência do Poder Judiciário e necessidade de obediência às regras de estrutura do Sistema Único de Saúde. Afirma a racionalização de medicamentos. Insurge-se contra os honorários advocatícios.

Apela o Município de Mirandópolis (fls. 410/424). Alega o descaso da Fazenda Pública que não efetuou o pagamento da sua parte.

Foram apresentadas contrarrazões aos recursos (fls. 415/424 e 439/441). Preliminarmente, o Município de Mirandópolis alega que as razões recursais de fls. 374/401 são mera repetição da contestação. No mérito, postula pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 450/455).

Vieram os autos para julgamento.

Acesso ao Sumário

RELATEI.

A preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela Fazenda do Estado de São Paulo com o mérito se confunde e com ele será analisada.

In casu, a autora quando da interposição da presente demanda, encontrava-se gestante, tendo sido constatado em exame pré-natal que o nascituro padecia de "Síndrome de Arnold- Chiari", necessitando de cirurgia de correção, cujo alto custo não poderia suportar.

A necessidade e a urgência na realização do procedimento cirúrgico estão fartamente comprovadas pelos documentos de fls. 25/55.

Por sua vez, também demonstrado nos autos a necessidade de que o procedimento fosse realizado por profissional particular, não conveniado no SUS, eis que trata-se de cirurgia especializada, que há pouco deixou de ser experimental, realizada por poucos profissionais neste país e no mundo, conforme demonstram os documentos de fls. 117/132.

Some-se a isso, que a ora apelada foi inicialmente atendida em Hospital Municipal, onde foi diagnosticada a síndrome com indicação da cirurgia, lá tendo sido certificado inexistir profissional especializado ou capacidade para realização da mencionada cirurgia, tendo, portanto, ocorrido o encaminhamento do caso ao Departamento Regional de Saúde (fl. 56).

Sem que a questão fosse solucionada em momento oportuno pelas Fazendas Estadual e Municipal (fls. 57/64) - ante o período limite para a realização da cirurgia, até vinte e seis semanas de gestação - não restou outra alternativa, senão a efetivação do procedimento perante um dos poucos profissionais habilitados para tanto.

Diante disso, descabe a alegação de que o procedimento não deveria ter sido realizado em local particular, tendo em vista as peculiaridades do caso acima mencionadas. Também necessário salientar que não se trata de procedimento experimental, mas realizado por poucos profissionais, estando demonstradas as especificidades do caso concreto.

E, nesta linha, caracterizada está a responsabilidade das apelantes, Fazenda Estadual e Municipal, pelo procedimento cirúrgico, diante da obrigação solidária aos entes federativos, constitucionalmente imposta.

O direito à saúde, nos termos dos arts. 6º, 196, ambos da Constituição Federal, é garantido como um dos direitos sociais, devendo o Estado *lato sensu* garantir o acesso universal, integral e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, incluindo-se a apelada que, como hipossuficiente do ponto de vista econômico e financeiro, não vislumbrou este acesso.

Nesse sentido:

"*Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora*

Acesso ao Sumário

o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo." (STF - AI nº 550.530-AgR. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julg. 26/06/2012)

RECURSO DE APELAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA - POSSIBILIDADE. 1. Pretensão da Fazenda Pública de não fornecer o procedimento cirúrgico. 2. Dever do Estado - Inteligência dos artigos 1º, inciso II, 23, inciso II, 30, inciso VII, 196 e 230, todos da Constituição Federal. 3. Obrigação solidária dos entes políticos da federação. 4. Súmulas 29 e 37 desta E. Corte de Justiça. 5. Desnecessidade de prévia submissão do paciente a avaliação de médico do Estado, bastando que a indicação de cirurgia em continuidade à consulta e exames realizados, decorra da avaliação de um único profissional habilitado. 6. Necessidade de procedimento cirúrgico para extirpação de útero e ovário. 7. Inocorrência de ingerência do Poder Judiciário na atividade administrativa do Estado. 8. Judiciário que agiu em razão de provocação da parte interessada na busca de seus direitos e garantias constitucionais. 9. Conflito aparente de normas - Inaplicabilidade da teoria da reserva do possível quando o bem maior a ser protegido for a saúde. 10. Sentença de procedência da ação mantida. 11. Recurso de apelação desprovido. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Bianco, Apelação nº 0001684-58.2011.8.26.0071, j. 02/04/2012).

Sendo solidária referida responsabilidade, a questão de o Município ter eventualmente arcado integralmente com as despesas, pretendendo o ressarcimento do outro ente estatal, é questão a ser discutida e solucionada em ação própria, que não se confunde com o objeto aqui protegido.

Ora, também não há que se falar em respeito às regras estruturais e de padronização do Sistema Único de Saúde. A garantia à saúde deve ser efetiva de forma ampla e integral, nos moldes da prescrição médica, incumbindo ao Poder Público providenciar especificamente o que for preciso, sem que caiba a análise de conveniência e oportunidade e independentemente de supostas limitações de cunho administrativo, tais como exigência da negativa expressa da autoridade administrativa, cadastro em listas de órgãos administrativos, listas padronizadas, prescrição por médicos integrantes da rede pública, previsão orçamentária, perícia médica ou mesmo ilegitimidade, posto que nenhum destes elementos é capaz de elidir os mencionados axiomas constitucionais a serem observados pela Administração Pública como um todo.

Acesso ao Sumário

A vida e a saúde humana devem ser respeitadas, cabendo apenas ao médico valorar qual o tratamento mais adequado à patologia de cada paciente, pois é este o profissional responsável pela indicação do tratamento apropriado.

Ademais, a intervenção do Judiciário não implica qualquer violação da

independência e harmonia dos Poderes. Tal violação inexiste quando o Poder Judiciário se limita a interpretar e dar aplicação às normas constitucionais e legais aplicáveis.

Desta forma, ao decidir a presente causa, o Magistrado apenas agiu no exercício da função jurisdicional, decidindo conforme o sistema jurídico vigente, observando principalmente os direitos fundamentais da pessoa humana descritos na Constituição Federal em resposta à conduta governamental.

Este é o entendimento da jurisprudência:

"*Logo, também é absolutamente incabível qualquer alegação no sentido de que não cabe ao julgador imiscuir-se na atividade administrativa, porquanto não há se falar em desobediência ao Princípio da Tripartição dos Poderes, uma vez que o apelado tem direito à vida e à saúde, como corolários do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CF), que é o norteador da interpretação e aplicação do direito.*

Deste modo, se o Estado-administração não atender a tais direitos de forma voluntária, o Poder Jurisdicional o compelirá ao cumprimento das garantias fundamentais dos cidadãos, até porque vigente o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional a toda lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, XXXV, CF)." (TJSP - Apel. nº 415.091.5/3-00. Rel. Des. Leme de Campos. Julg. 28/08/2006)

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, verifico que o valor da condenação se deu com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com observância dos critérios de equidade, fixados em valor certo, devendo, portanto, ser mantidos.

Diante disso, correta está a r. sentença que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ocorrendo isto, **AFASTO A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS,** nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0002255-92.2011.8.26.0341, da Comarca de Maracaí, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante JUÍZO "EX OFFICIO", são apelados/apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRINHAS PAULISTA e CLODOALDO VERGÍLIO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.650)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: ***REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATORISTA DE PEDRINHAS PAULISTA. APRESENTAÇÃO DE CNH FALSA. APURAÇÃO POR MEIO DE PERÍCIA. NULIDADE DA APROVAÇÃO, NOMEAÇÃO E POSSE DO CANDIDATO. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DO EDITAL PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE TRATORISTA. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO QUE NÃO MERECE PREVALECER. CONTRAPRESTAÇÃO CUJO DESCUMPRIMENTO SEQUER FOI ALEGADO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA MUNICIPALIDADE QUE SE VALEU DOS SERVIÇOS PRESTADOS. SENTENÇA MANTIDA.***

RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Reexame necessário e apelações tempestivas (fls. 340/346, 357/364 e 368/379), manejadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e pelos réus MUNICÍPIO DE PEDRINHAS PAULISTA e CLODOALDO VERGÍLIO nos autos da ação civil pública, inconformados com a r. sentença de fls. 332/335 que julgou parcialmente procedente a ação para declarar a nulidade da aprovação de Clodoaldo Vergílio no concurso público nº 01/2010 para o cargo de tratorista, bem como de sua nomeação e investidura no respectivo cargo, rejeitando o pedido condenatório contra este último. Determinou que os réus arquem com metade das custas e despesas processuais, sem condenação em honorários.

O Ministério Público pretende a condenação do requerido Clodoaldo

Vergílio ao ressarcimento integral dos valores que percebeu durante o tempo em que exerceu a função de tratorista, ou de outra que lhe tenha sido atribuída, tendo em vista a existência inequívoca do dolo e má-fé ao apresentar carteira de habilitação falsa.

O Município de Pedrinhas Paulista alega inexistir justificativa para a anulação do certame, tendo em vista que não há motivos para invalidá-lo, nem sequer exonerar o servidor, que em virtude de ter sido aprovado no concurso público, deverá exercer outra função que não a de tratorista.

O réu Clodoaldo Vergílio sustenta, preliminarmente, a impossibilidade de perder as funções atinentes ao cargo que ocupa (tratorista) sem que haja condenação na esfera criminal ou comprovação na esfera cível de que tinha ciência de que sua carteira de habilitação era falsa. No mérito, aduz que foi vítima do ocorrido, pois não agiu com dolo ou má-fé, tampouco prestou informações ou declarações falsas no ato e posteriormente à realização do concurso, nem mesmo quando de sua posse e investidura no cargo de tratorista, eis que não tinha ciência da falsidade de sua CNH, o que restou constatado somente após a realização de perícia. Pede seja reconhecida a validade do concurso público, bem como seja mantida sua investidura em cargo público.

Contrarrazões (fls. 387/391 e 393/398).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso dos réus e provimento da apelação do Ministério Público (fls. 437/440).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público reportado a pedido de declaração de nulidade da aprovação de Clodoaldo Vergílio no concurso público nº 01/2010, promovido pelo Município de Pedrinhas Paulista, e consequentemente, a declaração de nulidade de sua convocação e nomeação para o cargo de tratorista, bem como sua condenação ao ressarcimento integral dos valores que percebeu durante o tempo em que exerceu funções decorrentes de sua aprovação no mencionado concurso, seja na condição de tratorista ou qualquer outra que lhe tenha sido atribuída, tendo em vista que fora constatada pericialmente a falsidade de sua Carteira Nacional de Habilitação.

Diante do conjunto probatório trazido para os autos, não há dúvidas de que Clodoaldo Vergílio praticou os atos apontados na petição inicial, e não possuía requisito essencial para ter sido aprovado e nomeado para o cargo de tratorista da Prefeitura Municipal de Pedrinhas Paulista. Restou inequívoco nos autos a falsidade da CNH apresentada pelo réu quando da realização do concurso público (fls. 87/88).

No decorrer do processo, o réu Clodoaldo Vergílio limitou-se a afirmar que desconhecia a falsidade de sua CNH, e informou somente que após algumas aulas a obteve em uma autoescola localizada em São Paulo no mês de maio de

Acesso ao Sumário

1999. As suas alegações não se sustentam, exatamente porque desamparadas de qualquer fato concreto. Tivesse realmente sido "vítima", como argumentou, alguma providência na esfera criminal haveria de provar que tomou, mas nem isso fez.

Por outro lado, não há como se manter a validade da aprovação, nomeação e posse do réu Clodoaldo, independentemente da existência de demonstração de dolo ou má-fé, porquanto não preenchera o requisito objetivo, essencial do edital para exercício do cargo de tratorista, isto é, de que estava habilitado para dirigir veículos na categoria "D".

Desse modo, merece mantido o comando da r. sentença para declarar a nulidade da aprovação do candidato Clodoaldo Vergílio no Concurso Público nº 01/2010 para o cargo de tratorista, bem como de sua nomeação e investidura no respectivo cargo.

No tocante ao pedido de devolução dos valores percebidos a título de salário, não veio aos autos qualquer comprovação de que não teria havido a prestação efetiva de serviços pelo funcionário. Aliás, o Ministério Público nem mesmo alegou a ausência de contraprestação. Funda seu pedido de ressarcimento, apenas e tão somente, na nomeação e posse irregular do candidato em razão da falsidade do documento apresentado.

Destarte, embora se possa admitir que o concursado não tivesse consciência da ilegalidade no ato de admissão, nomeação e posse, o certo é não ter havido afirmação de que percebera remuneração e benefícios sem que houvesse trabalhado, ou que tivesse ocorrido falta da sua contraprestação laborativa.

Logo, inafastável o reconhecimento de não ter causado qualquer dano material ao erário público, pois caso contrário, a Municipalidade estaria se beneficiando de trabalho gratuito com prevalência do enriquecimento ilícito.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO A TODOS OS RECURSOS.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0384061-03.2009.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados PAULO ANTONIO DA SILVA (AJ FL 54) e MARIA APARECIDA DE LUCA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram deserto o recurso da autarquia e deram provimento ao recurso oficial para decretar a improcedência da ação, prejudicado o apelo do espólio do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.426)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO E VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: RECURSO - Apelação interposta pelo INSS - Não recolhimento do porte de remessa e de retorno - Imposição da Lei Estadual nº 11.608/03 - Deserção configurada.

ACIDENTÁRIA - Aposentadoria por invalidez - Obreiro que veio a óbito no decorrer da demanda, antes de elaborado o exame direto - Caso em que não restou provada a incapacidade total e permanente, além de ser descabida a concessão do benefício após o falecimento - Improcedência da ação - Recurso oficial provido, prejudicado o apelo do espólio do autor.

VOTO

A r. sentença de fls. 247/250, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Paulo Antonio da Silva (falecido no curso da demanda), condenando o INSS a pagar a seu espólio aposentadoria por invalidez de 100% do salário-de-benefício a partir da citação, descontados os valores pagos a título de auxílio-acidente; mais juros moratórios de 1% ao mês; correção monetária; custas e despesas processuais; e honorários advocatícios de 15% sobre o montante devido até a sentença.

Inconformado, apela o INSS, buscando a improcedência da demanda. Sustenta não estarem presentes os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, alegando que não foi comprovada a incapacidade total do autor para o trabalho. Subsidiariamente, aduz que o benefício cabível seria o auxílio-acidente.

Apela também o espólio, requerendo que sejam computadas as horas extras no cálculo do salário-de-benefício; que o termo inicial da aposentadoria coincida com a data do requerimento administrativo ou com o dia imediatamente posterior ao do cancelamento administrativo do benefício anterior (o que for

Acesso ao Sumário

mais benéfico); e que a verba honorária seja majorada para 20% do valor da condenação.

Recebidos e processados os recursos, ambos foram contra-arrazoados.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, havendo recurso "ex officio".

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Ainda que admitido o recurso autárquico pelo juízo de origem, cabe ao Tribunal a verificação da presença dos pressupostos de admissibilidade.

O art. 511 do CPC é muito claro ao exigir a comprovação do preparo, inclusive do porte de remessa e de retorno, no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção.

No caso em apreço, verifica-se que, ao interpor o recurso em 22/04/2009, o INSS deixou de recolher o porte de remessa e de retorno, do qual não estava dispensado, conquanto isento do recolhimento da taxa judiciária.

É que, de acordo com o disposto no inciso II, do parágrafo único, do art. 2º da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, não se incluem na taxa judiciária (da qual, repita-se, está isenta a autarquia) "*as despesas com o porte de remessa e de retorno dos autos, no caso de recurso, cujo valor será estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura*".

Assim regulada a matéria, as câmaras acidentárias deste Tribunal firmaram o entendimento de que, sendo a taxa judiciária espécie de tributo, enquanto o porte de remessa e de retorno constitui mero custo de transporte, competia à autarquia recolher a aludida despesa no ato de interposição do recurso.

É oportuno ressaltar que, em ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei Estadual nº 11.608/03, o Supremo Tribunal Federal já decretou a improcedência da ação em relação a vários dispositivos, dentre eles o art. 2º, parágrafo único, inciso II, e o art. 4º, § 4º, que tratam do porte de remessa e de retorno (ADI 3154, julgamento parcial realizado em 14/05/2009).

Também não é demais observar, a propósito, que o art. 27 do CPC não abrange o recolhimento de valor que se insere entre os requisitos de admissibilidade dos recursos.

À falta de comprovação do recolhimento no devido momento processual, é de ser julgado deserto o recurso autárquico.

Resta, assim, o exame dos demais recursos.

Cuida-se de ação acidentária ajuizada por Paulo Antonio da Silva, postulando a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Ante seu falecimento no curso da lide, foi deferida a substituição

processual, passando a figurar no polo ativo da ação o seu espólio, representado pela inventariante Maria Aparecida de Luca (fls. 237).

Segundo a inicial, o autor estava totalmente incapacitado para o trabalho em decorrência de quadro de LER em membro superior direito, mal advindo das condições de trabalho a que estava submetido na função de desossador.

A moléstia é objeto da CAT de fls. 14 (reabertura), sendo oportuno consignar que o obreiro esteve em gozo de auxílio-doença acidentário de 06/02/2000 a 30/09/2003 (fls. 67) e de auxílio-doença previdenciário a partir de 19/04/2005, benefício que foi cessado com o seu falecimento (14/04/2007 - fls. 256).

Mesmo não tendo sido possível a realização de exame pericial direto (em razão do óbito do obreiro), determinou o juízo de primeiro grau a concessão da aposentadoria ao autor, a partir da citação, entendendo estar caracterizada situação de invalidez.

Respeitado o convencimento do douto magistrado, não merece prevalecer o decreto de procedência da ação.

Com efeito, embora estivesse em gozo de auxílio-doença há quase dois anos (fls. 256), no momento do óbito o autor contava com apenas 43 anos de idade (fls. 208), não havendo qualquer indicação de que fizesse jus ao benefício concedido.

Mas ainda que eventual perícia indireta viesse a reconhecer a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência, o termo inicial da aposentadoria só poderia corresponder à data da juntada do laudo pericial.

Em outras palavras, não haveria espaço para a concessão do benefício em período anterior ao óbito do obreiro.

Vale lembrar que o benefício acidentário é devido exclusivamente ao segurado, sendo de caráter personalíssimo (art. 18, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.213/91), não podendo ser estendido aos dependentes, aos quais a lei somente assegura o direito a pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional (art. 18, incisos II e III, da Lei nº 8.213/91).

Dentro desse quadro, de rigor a inversão do resultado para se decretar a improcedência da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo deserta a apelação autárquica e dou provimento ao recurso oficial para decretar a improcedência da ação, prejudicado o apelo do espólio do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0036476-29.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado DANIEL TADEU COSTA DA ROCHA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.791)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 11 de março de 2014.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: CONCURSO PÚBLICO – Policial Militar – Candidato desclassificado do certame por não atingir a altura mínima prevista no decreto regulamentador – Exigência não prevista em lei – Inadmissibilidade – Sentença de procedência mantida – Recurso não provido. Precedentes. Incabível ao decreto prescrever cláusula restritiva da acessibilidade em concurso público sem previsão legal.

VOTO

O recorrido, **Daniel Tadeu Costa da Rocha**, propôs ação dirigida à **Fazenda do Estado de São Paulo** na qual visa o reconhecimento da nulidade do ato de exclusão do concurso público destinado ao cargo de Soldado PM de 2ª Classe, por motivo de não ter a altura mínima exigida de 1,65m, no Edital nº DP 002/321/2009, de 13.08.2009. Informa ter-se submetido à medição perante Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo com resultado de altura de 1,654m.

Sobreveio r. sentença de procedência da ação, para anular o ato de desclassificação do autor da fase de condicionamento físico e determinar sua readmissão no certame para participar das fases e provas posteriores, além do pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 3.000,00. Determinou o C. Juízo de primeiro grau o reexame necessário (fls. 76/81).

Inconformada, recorre a **Fazenda do Estado de São Paulo** na busca

Acesso ao Sumário

de inverter o decidido, com preliminar de perda do objeto da ação diante do encerramento do concurso e, no mérito, reitera suas ponderações anteriores pela improcedência da ação (fls. 86/95).

Contrariado o recurso, os autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 99/103).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Afasta-se a preliminar arguida.

Insta registrar, eventual ato ilegal não poderá prevalecer em decorrência de encerramento do certame.

Nesse sentido, o v. aresto do STJ proferido no AgRg no AREsp 261.391/ES, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, Segunda Turma, j. 09.04.2013, DJe 15.04.2013, com a seguinte ementa:

> "*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS. BOMBEIRO MILITAR. CONCLUSÃO. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.*
>
> *1. A posição desta Corte Superior é firmada no sentido de que* '*o exame da legalidade do ato apontado como coator em concurso público não pode ser subtraído do Poder Judiciário em decorrência pura do encerramento do certame, o que tornaria definitiva a ilegalidade ou abuso de poder alegados, coartável pela via do Mandado de Segurança.*'
>
> *2. Extrai-se da leitura do pedido inicial que a pretensão do agravante traduz-se no exame de legalidade, ou não, do ato que o impediu de participar do curso de formação CHC/2007, sendo que o direito de participação em tal curso, em si, é apenas uma consequência de tal exame que, repita-se, não deve ser subtraído do Poder Judiciário. Agravo regimental improvido.*"

A Constituição Federal estabelece em seu art. 37, I:

> **Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**
>
> **I – 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;**

Assim, as Administrações Públicas devem fixar em lei as exigências e requisitos necessários como condições às funções públicas.

Desta forma, é necessária lei em sentido formal com disposições quanto às restrições dos candidatos ao acesso à função pública por meio de concurso público.

Determina a Lei Complementar nº 697, de 24 de novembro de 1992:

Artigo 2º – A graduação de Soldado fica subdividida em 2 (duas) classes:

I – Soldado PM de 2ª Classe – aquele que, após aprovação em concurso público de provas e títulos, for nomeado para o cargo inicial de praças, em caráter de estágio probatório, para realização do curso de formação técnico-profissional;

II – Soldado PM de 1ª Classe – aquele que tiver sido aprovado no curso de formação técnico-profissional e preencher os requisitos estabelecidos em decreto.

E, o Decreto nº 41.113, de 23 de agosto de 1996, regulamenta o art. 2º da LC nº 697/92:

Artigo 2.º - Para inscrever-se no concurso público de ingresso na graduação de Soldado PM de 2.ª Classe, o candidato deverá satisfazer as seguintes condições:

I - ser brasileiro;

II - ter idade compreendida entre 18 (dezoito) e 30 (trinta) anos, na data da inscrição;

III - ter concluído o curso de 1.º grau ou equivalente, comprovado por meio de documento expedido por órgão competente;

IV - ter estatura mínima, descalço e descoberto, de:

a. 1,65m (um metro e sessenta e cinco centímetros) os do sexo masculino;

b. 1,60m (um metro e sessenta centímetros), os do sexo feminino;

V - se funcionário público, não ter respondido ou não estar respondendo a processo administrativo, cujo fundamento possa incompatibilizá-lo com a função policial militar;

VI - apresentar Certificado de Reservista de 1.ª ou 2.ª categoria ou Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Isenção do Serviço Militar, para os do sexo masculino, ou os engajados nas Forças Armadas ou em outras Polícias Militares, apresentar autorização por escrito de seu Comandante para prestar o respectivo concurso;

VII - estar em dia com as obrigações eleitorais e no pleno exercício dos direitos políticos, mediante apresentação de certidão expedida pela Justiça Eleitoral;

VIII - apresentação de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais, expedida pela Polícia Civil de São Paulo.

Cabe registrar, o Edital nº DP-002/321/2009 reproduz o Decreto quanto à necessidade de aferição de altura mínima do candidato para continuidade no concurso (fls. 56/61).

Relembre-se, é a lei em sentido formal quem cria o direito. Ao decreto é relegado o papel de normatização, de fixação de diretrizes a serem seguidas para

Acesso ao Sumário

o fiel cumprimento da lei.

Trata-se de regulamento executivo, ato derivado do poder normativo conferido à administração.

Sobre o tema, explica **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**:

> "Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei, conforme art. 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.
>
> O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia." (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 24ª ed., 2011, p. 91/92).

No caso vertente, o Decreto e o Edital ao fixarem altura mínima para continuidade dos candidatos no certame, exigência não prevista na lei, tornaram a cláusula ilegal, por violação a norma de acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos a todos os brasileiros (art. 37, I, da CF).

Nessa linha de orientação, o STF proferido tem jurisprudência pacífica, conforme verifica-se no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 593.198, rel. **MIN. DIAS TOFFOLI**, Primeira Turma, j. 06.08.2013, com a seguinte ementa:

> *Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material.*
>
> *2. Agravo regimental não provido.*

Em igual sentido, o entendimento do STJ, no AgRg no RMS 31.200/SC, rel. **MIN. ASSUSETE MAGALHÃES,** Sexta Turma, j. em 19.09.2013, DJe 16.10.2013, com a seguinte ementa:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE APRECIAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE ALTURA MÍNIMA PARA INGRESSO NA CARREIRA. NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI. PRECEDENTES DO STJ.*

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Consoante a jurisprudência do STJ, a suposta violação a dispositivos constitucionais não encontra amparo na via especial, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. Precedentes.

II. Na forma da jurisprudência da Corte, "a carreira militar possui regime jurídico próprio e requisitos distintos de ingresso, razão pela qual esta Corte de Justiça tem entendido pela legitimidade da previsão em edital de estatura mínima, sem que se possa falar em violação do princípio da isonomia em razão da natureza da atividade exercida, desde que haja previsão legal específica. 'In casu', inexiste previsão legal de altura mínima, para ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, uma vez que não basta, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de 'capacidade física', prevista na Lei Estadual n.º 6.218/83. (RMS 20.637/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 311)" (STJ, AgRg no RMS 30.786/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 28/05/2012).

III. Agravo Regimental improvido.

E, já decidiu esta Corte, em casos semelhantes, nas ap. nº 0005356-65.2010.8.26.0053, São Paulo, j. 02.03.2011, rel. **DES. RICARDO ANAFE**; ap. nº 0194129-59.2010.8.26.0000, São Paulo, j. 15.02.2012, rel. **DES. WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI**; ap. nº 0042636-36.2011.8.26.0053, São Paulo, j. 15.01.2013, rel. **DES. AMORIM CANTUÁRIA** e ap. nº 0039577-11.2009.8.26.0053, São Paulo, j. 04.09.2013, rel. **DES. JARBAS GOMES**, este com a seguinte ementa:

AÇÃO ORDINÁRIA. Concurso para ingresso na Polícia Militar. Exclusão do autor do certame fundada no não preenchimento do requisito de altura mínima. Inadmissibilidade, à falta de previsão legal. Precedentes. Ademais, medição efetuada pelo Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo – IPEM que constou que o autor possui a altura mínima exigida pelo edital. Sentença de procedência. Manutenção. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

Outrossim, conforme asseverou o douto magistrado, extrai-se do laudo pericial produzido pelo Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo, órgão delegado do INMETRO "*Altura observada: H = 1,654 (um metro seiscentos e cinquenta e quatro milímetros). Incerteza da medição: U= +- 0,003m (três milímetros)*" (fls. 18).

Desta forma, verifica-se apurada a necessária altura mínima do acionado ao prosseguimento no concurso.

O caso é, assim, de não provimento ao **reexame necessário** e ao recurso interposto pela **Fazenda do Estado de São Paulo** nos autos da ação movida

por **Daniel Tadeu Costa da Rocha** (proc. n.º 053.10.036476-7, 1.º Ofício da Fazenda Pública da comarca de São Paulo, SP), mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais, especialmente, art. 37, incisos I, e II da CF/88, art. LC nº 697/1992, Decreto nº 41.113/96 e Decreto nº 42.053/97.

Resultado do julgamento: Negaram provimento aos recursos.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0208283-77.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 16ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade julgaram procedente o conflito e competente a Câmara suscitada, 9ª Câmara de Direito Público.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 19.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, EUTÁLIO PORTO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, REBOUÇAS DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES, LUCIANA BRESCIANI E CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2014.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Ação impropriamente denominada de Acidente do Trabalho - Apelação interposta pelo autor, visando insurgir-se contra decisão de primeiro grau que julgou improcedente

Acesso ao Sumário

a ação em primeiro grau - Recurso originalmente distribuído para a 9ª Câmara de Direito Público desta Corte, que declina da competência para uma das Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho - Conflito de competência suscitado pela 16ª Câmara - Matéria em discussão que, em verdade, não se insere naquela prevista na Lei n. 8.213/91 - Típica questão de Direito Constitucional e Administrativo, que não guarda similitude alguma com matéria tipicamente acidentária - Conflito de competência procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada.

VOTO

Vistos.

Em adendo aos relatórios de fls. 496 e 511/512, anoto que cuida-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pela Colenda **16ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em relação à Colenda **9ª Câmara de Direito Público** do mesmo Tribunal, sendo pertinente aduzir-se que cuida-se, aqui, de recurso de Apelação, interposto por BENTO FÉLIX DOS SANTOS, contra decisão proferida nos autos de ação de rito ordinário (proc. n. 0015470-97.2009.8.26.0053, da 13ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital), que por ele é movido contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pleiteando a modificação de suas licenças médicas para afastamento por acidente do trabalho, motivo pelo qual ficou afastado de suas funções por vasto período de tempo, não tendo a ré, contudo, considerado a doença em questão como decorrente de acidente do trabalho. Pleiteia o autor, ainda, a recontagem do tempo de serviço referente às mencionadas licenças, considerando-se-o para todos os fins, nos termos do art. 194 da Lei n. 10.261/68.

Após regular tramitação da referida ação, sobreveio a r. sentença de fls. 454/455, que julgou improcedente a ação; sendo a mesma recorrida, a Colenda 9ª Câmara de Direito Público determinou, por meio de decisão da lavra do ínclito Desembargador MOREIRA DE CARVALHO (fls. 496/499), a redistribuição do recurso a uma das Colendas Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho, entendendo o mesmo que a matéria discutida estaria dentro da competência dessas Câmaras.

Sobreveio então o novo Acórdão, da lavra do ínclito Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI (fls. 511/518), que suscitou o conflito negativo de competência, refutando as alegações contidas na decisão anterior.

É o relatório.

Apesar do respeito de que é merecedor o ínclito Desembargador signatário

Acesso ao Sumário

da r. decisão de fls. 496/499, pelas suas invejáveis cultura e serenidade, entendo que o recurso de Apelação, tirado nos autos da presente ação, *deve ser conhecido e julgado pela Câmara de origem; ou seja, a Colenda 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal*, na medida em que a matéria, em verdade, não seria da competência das Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho.

Senão, vejamos.

A presente ação é, em verdade, ação de rito ordinário, em que se pleiteia obrigação de fazer, nos termos do relatório aqui constante, movida contra a Fazenda do Estado por Professor da rede pública estadual de ensino, que aduz ter adquirido doença crônica; ou seja, Faringo-laringite, decorrente do exercício de suas atividades profissionais. Não tendo o Estado considerado como doença profissional tal moléstia, as licenças para tratamento de saúde que o autor, ora apelante, veio a tirar, não foram corretamente consideradas pela Administração Estadual, acabando o autor por sofrer diversos prejuízos de natureza pecuniária e funcional, que visa combater por meio da presente ação.

Não se trata, portanto, de ação acidentária, ou de ação de acidente do trabalho, tal qual definida pela Lei n. 8.213/91, razão pela qual é de se entender que a competência *é mesmo da Câmara originária.*

As ações de acidente do trabalho, reguladas pela Lei sobredita, são movidas contra *autarquia federal* - ou seja, o *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*, na medida em que é a referida autarquia a destinatária das verbas de natureza previdenciária recolhidas pelo SAT (Seguro de Acidentes do Trabalho), que financiam as indenizações de ordem acidentária. Cuida-se de matéria ligada à Previdência Social comum, sem relações com a previdência do funcionalismo público estadual, regida por legislação própria, aplicável esta aos servidores públicos, enquanto a primeira é destinada aos celetistas.

Aliás, a questão atinente ao polo passivo das referidas ações acidentárias é referido por ANTONIO LOPES MONTEIRO e ROBERTO FLEURY DE SOUZA BERTAGNI, que assim afirmam: "Apesar de figurar no polo passivo da ação acidentária uma autarquia instituída pela União Federal, a competência para processar e julgar as causas relativas ao acidente do trabalho estão afetas à Justiça Comum dos Estados e do Distrito Federal. É que da mesma forma que a Constituição de 1967 (Emenda de 1969), a Constituição Federal de 1988, no art. 109, I, mantém a excepcionalidade" (*Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais*; Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 97).

O art. 19 da Lei n. 8.213 define o acidente do trabalho como "*o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício dos segurados 'especiais', provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho*". SÉRGIO PINTO MARTINS lembra, a propósito da aplicação da

Acesso ao Sumário

referida lei, que as prestações relativas aos acidentes do trabalho são devidas: "a) ao empregado, com exceção do doméstico, incluindo o empregado urbano (CLT), o rural (Lei n. 5.889/73) e o trabalhador temporário (Lei n. 6.019/74); b) ao trabalhador avulso; c) ao segurado especial; d) ao médico-residente" (*Fundamentos do Direito da Seguridade Social*; Editora Atlas, São Paulo, 2003, p. 128). Observe-se que não há menção alguma a *servidor* ou a *funcionário público*, mas sim a trabalhadores vinculados ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e a leis especiais.

Nas ações de acidente do trabalho típicas, regidas pela mencionada Lei n. 8.213/91, os trabalhadores segurados, vinculados à legislação específica, buscam o pagamento de indenização acidentária, decorrente do acidente sofrido ou da doença ocupacional que acometeu o trabalhador, reduzindo ou minando por completo a sua capacidade de trabalhar, quando então reclamará o pagamento de Auxílio-Acidente ou Aposentadoria Acidentária - ou, ainda, em se tratando de viúva ou familiares de obreiro falecido, de Pensão por Morte. A falta de identidade com o objeto da presente ação é, pois, *absoluta.*

O que o autor pleiteia, *in casu*, é típica matéria de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, decorrente de sua relação estatutária com o Estado de São Paulo, afirmando ter sofrido sério prejuízo, não apenas pecuniário, mas também de ordem funcional, em virtude de incorreta interpretação de sua situação legal pela Administração Pública.

Assim sendo, não se aplicam à presente ação os conceitos contidos na r. decisão monocrática do douto Desembargador Moreira de Carvalho, impondo-se, por consequência, o acolhimento do conflito em questão, para o fim de fixar-se a competência na Colenda Câmara originária; ou seja, na 9ª. Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com isto, por meu voto, conhece-se do conflito e **julga-se-o procedente, para estabelecer a competência da 9ª. Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitada, para o processamento e julgamento do presente feito.

Acesso ao Sumário

Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0208283-77.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 16ª

CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade julgaram procedente o conflito e competente a Câmara suscitada, 9ª Câmara de Direito Público.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 19.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, EUTÁLIO PORTO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, REBOUÇAS DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES, LUCIANA BRESCIANI E CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2014.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Ação impropriamente denominada de Acidente do Trabalho - Apelação interposta pelo autor, visando insurgir-se contra decisão de primeiro grau que julgou improcedente a ação em primeiro grau - Recurso originalmente distribuído para a 9ª Câmara de Direito Público desta Corte, que declina da competência para uma das Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho - Conflito de competência suscitado pela 16ª Câmara - Matéria em discussão que, em verdade, não se insere naquela prevista na Lei n. 8.213/91 - Típica questão de Direito Constitucional e Administrativo, que não guarda similitude alguma com matéria tipicamente acidentária - Conflito de competência procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Em adendo aos relatórios de fls. 496 e 511/512, anoto que cuida-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pela Colenda **16ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em relação à Colenda **9ª Câmara de Direito Público** do mesmo Tribunal, sendo pertinente aduzir-se que cuida-se, aqui, de recurso de Apelação, interposto por BENTO FÉLIX DOS SANTOS, contra decisão proferida nos autos de ação de rito ordinário (proc. n. 0015470-97.2009.8.26.0053, da 13ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital), que por ele é movido contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pleiteando a modificação de suas licenças médicas para afastamento por acidente do trabalho, motivo pelo qual ficou afastado de suas funções por vasto período de tempo, não tendo a ré, contudo, considerado a doença em questão como decorrente de acidente do trabalho. Pleiteia o autor, ainda, a recontagem do tempo de serviço referente às mencionadas licenças, considerando-se-o para todos os fins, nos termos do art. 194 da Lei n. 10.261/68.

Após regular tramitação da referida ação, sobreveio a r. sentença de fls. 454/455, que julgou improcedente a ação; sendo a mesma recorrida, a Colenda 9ª Câmara de Direito Público determinou, por meio de decisão da lavra do ínclito Desembargador MOREIRA DE CARVALHO (fls. 496/499), a redistribuição do recurso a uma das Colendas Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho, entendendo o mesmo que a matéria discutida estaria dentro da competência dessas Câmaras.

Sobreveio então o novo Acórdão, da lavra do ínclito Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI (fls. 511/518), que suscitou o conflito negativo de competência, refutando as alegações contidas na decisão anterior.

É o relatório.

Apesar do respeito de que é merecedor o ínclito Desembargador signatário da r. decisão de fls. 496/499, pelas suas invejáveis cultura e serenidade, entendo que o recurso de Apelação, tirado nos autos da presente ação, *deve ser conhecido e julgado pela Câmara de origem; ou seja, a Colenda 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal*, na medida em que a matéria, em verdade, não seria da competência das Câmaras Especializadas em Acidentes do Trabalho.

Senão, vejamos.

A presente ação é, em verdade, ação de rito ordinário, em que se pleiteia obrigação de fazer, nos termos do relatório aqui constante, movida contra a Fazenda do Estado por Professor da rede pública estadual de ensino, que aduz ter adquirido doença crônica; ou seja, Faringo-laringite, decorrente do exercício de suas atividades profissionais. Não tendo o Estado considerado como doença profissional tal moléstia, as licenças para tratamento de saúde que o autor, ora apelante, veio a tirar, não foram corretamente consideradas pela Administração Estadual, acabando o autor por sofrer diversos prejuízos de natureza pecuniária e funcional, que visa combater por meio da presente ação.

Não se trata, portanto, de ação acidentária, ou de ação de acidente do trabalho, tal qual definida pela Lei n. 8.213/91, razão pela qual é de se entender que a competência é mesmo da Câmara originária.

As ações de acidente do trabalho, reguladas pela Lei sobredita, são movidas contra *autarquia federal* - ou seja, o *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*, na medida em que é a referida autarquia a destinatária das verbas de natureza previdenciária recolhidas pelo SAT (Seguro de Acidentes do Trabalho), que financiam as indenizações de ordem acidentária. Cuida-se de matéria ligada à Previdência Social comum, sem relações com a previdência do funcionalismo público estadual, regida por legislação própria, aplicável esta aos servidores públicos, enquanto a primeira é destinada aos celetistas.

Aliás, a questão atinente ao polo passivo das referidas ações acidentárias é referido por ANTONIO LOPES MONTEIRO e ROBERTO FLEURY DE SOUZA BERTAGNI, que assim afirmam: "Apesar de figurar no polo passivo da ação acidentária uma autarquia instituída pela União Federal, a competência para processar e julgar as causas relativas ao acidente do trabalho estão afetas à Justiça Comum dos Estados e do Distrito Federal. É que da mesma forma que a Constituição de 1967 (Emenda de 1969), a Constituição Federal de 1988, no art. 109, I, mantém a excepcionalidade" (*Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais*; Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 97).

O art. 19 da Lei n. 8.213 define o acidente do trabalho como "*o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício dos segurados 'especiais', provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho*". SÉRGIO PINTO MARTINS lembra, a propósito da aplicação da referida lei, que as prestações relativas aos acidentes do trabalho são devidas: "a) ao empregado, com exceção do doméstico, incluindo o empregado urbano (CLT), o rural (Lei n. 5.889/73) e o trabalhador temporário (Lei n. 6.019/74); b) ao trabalhador avulso; c) ao segurado especial; d) ao médico-residente"

Acesso ao Sumário

(*Fundamentos do Direito da Seguridade Social*; Editora Atlas, São Paulo, 2003, p. 128). Observe-se que não há menção alguma a *servidor* ou a *funcionário público*, mas sim a trabalhadores vinculados ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e a leis especiais.

Nas ações de acidente do trabalho típicas, regidas pela mencionada Lei n. 8.213/91, os trabalhadores segurados, vinculados à legislação específica, buscam o pagamento de indenização acidentária, decorrente do acidente sofrido ou da doença ocupacional que acometeu o trabalhador, reduzindo ou minando por completo a sua capacidade de trabalhar, quando então reclamará o pagamento de Auxílio-Acidente ou Aposentadoria Acidentária - ou, ainda, em se tratando de viúva ou familiares de obreiro falecido, de Pensão por Morte. A falta de identidade com o objeto da presente ação é, pois, *absoluta.*

O que o autor pleiteia, *in casu*, é típica matéria de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, decorrente de sua relação estatutária com o Estado de São Paulo, afirmando ter sofrido sério prejuízo, não apenas pecuniário, mas também de ordem funcional, em virtude de incorreta interpretação de sua situação legal pela Administração Pública.

Assim sendo, não se aplicam à presente ação os conceitos contidos na r. decisão monocrática do douto Desembargador Moreira de Carvalho, impondo-se, por consequência, o acolhimento do conflito em questão, para o fim de fixar-se a competência na Colenda Câmara originária; ou seja, na 9ª. Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com isto, por meu voto, conhece-se do conflito e **julga-se-o procedente, para estabelecer a competência da 9ª. Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitada, para o processamento e julgamento do presente feito.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0204480-86.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLEIDE DA CRUZ DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao agravo ajuizado em prol de Cleide da Cruz dos Santos, para conceder a comutação de 1/5 do total das penas a ela impostas, nos termos do artigo 2º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.216)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2014.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE QUE A AGRAVANTE FAZ JUS À COMUTAÇÃO PREVISTA NO DP 7.648/2011, POR PREENCHER OS REQUISITOS NECESSÁRIOS, DEVENDO SER CONSIDERADA PARA TANTO A DATA DE SUA PRISÃO, E NÃO DA PRÁTICA DA ÚLTIMA FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE, COMO SE DEU.

CASO EM QUE EXISTE VEDAÇÃO QUANTO À INTERRUPÇÃO DA CONTAGEM DA FRAÇÃO NECESSÁRIA PELA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE NO DECRETO PRESIDENCIAL, E ASSIM, DE RIGOR CONSIDERAR-SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS PREVISTOS NO DP 7.648/2011.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 - Trata-se de agravo em execução ajuizado em favor de Cleide da Cruz dos Santos contra a r. sentença da MMª Juíza de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo, que decidiu pelo indeferimento do pleito de comutação, com fulcro nos termos do Decreto Presidencial nº 7.648/2011 (fls. 31/32).

Aduz a doutora Defensora que deve ser reformada a decisão monocrática, argumentando que a agravante cumpre pena desde 19/09/2007 e, já tendo descontado fração superior a 1/3 até 31/12/2011, e não ostentando a prática de falta disciplinar de natureza grave nos doze meses que antecederam a publicação do texto presidencial, faz jus à comutação de 1/5 do total de suas penas. Acrescenta que a superveniência de nova condenação não tem o condão de interromper a contagem do lapso necessário, por falta de previsão legal para tanto (fls. 36/38).

O doutor Promotor de Justiça ofertou contraminuta, requerendo a mantença do édito atacado (fls. 41/48).

A r. decisão atacada foi mantida (fl. 49).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Carlos Eduardo Massai, pronunciou-se pelo desprovimento do agravo defensivo (fls. 157/161).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, assiste razão à agravante.

Sobre a questão que ensejou o presente recurso depreende-se que a agravante foi condenada, conforme o boletim informativo de fls. 05/09, ao cumprimento da pena corporal total de onze anos, seis meses e cinco dias de reclusão, por prática de dois roubos biqualificados, ostentando a anotação de cometimento de uma falta disciplinar de natureza grave em 05/05/2010, consistente em prática de novo delito quando em cumprimento de pena em regime aberto (fl. 07).

Acesso ao Sumário

Da análise do Decreto Presidencial n.º 7.648/2011, depreende-se que foram satisfeitas todas as condições nele contidas para a concessão da aludida benesse, quais sejam, o fato de que a agravante cumpriu a fração necessária de sua pena corporal, conforme cálculo de fl. 30, e não praticou falta grave nos derradeiros doze meses que antecederam a prolação da decisão.

Isso porque, mesmo tendo cometido falta disciplinar ao longo do cumprimento da pena, tal infração não tem o condão de obstar a concessão da benesse, nos termos do quanto previsto no artigo 3º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.648/2011.

Assim, tendo descontado fração necessária da pena a ela imposta, e não tendo praticado faltas disciplinares nos doze meses anteriores a 31/12/2011, ainda

que não tenha tido um comportamento satisfatório no decorrer do cumprimento da pena imposta, não há como se indeferir o benefício.

Sobre o tema, inclusive, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: - "**Fixadas exaustivamente as condições objetivas e subjetivas à obtenção do indulto, mostra-se indevida a inclusão de outros requisitos pela autoridade judiciária, sob pena de 'se substituir a quem detém poderes de clemência, sem dispor de delegação para tanto'**" (RSTJ 94/349).

E tal entendimento encontra plena ressonância no caso vertente.

Isto posto, dá-se provimento ao agravo ajuizado em prol de Cleide da Cruz dos Santos, para conceder a comutação de 1/5 do total das penas a ela impostas, nos termos do artigo 2º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2000483-11.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Itapevi, em que é impetrante CARLOS ALBERTO CESÁRIO VADALA e Paciente GILSON SOBRAL DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21300)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e PEDRO MENIN.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Ataque à decisão monocrática - Decisão de extinção da ação

Acesso ao Sumário

de *habeas corpus* por carência de interesse processual pela inadequação da via eleita (art. 267, VI, § 3º e art. 295, III, ambos do CPC) - *Writ* que atacava Acórdão do Colégio Recursal por cerceamento de defesa e ato de negativa de seguimento a RESE interposto em audiência do JECRIM - Ausência de coação, atual ou iminente, ao direito de locomoção do paciente ou de outrem, por ato ilegal de autoridade - Precedentes do STJ e deste E. TJSP - Recurso improvido.

VOTO

Cuidam os autos de agravo regimental tirado contra decisão monocrática proferida nos autos do *habeas corpus* n.º 2000483-11.2014.8.26.0000, pela qual foi julgada extinta a ação por ser o autor carecedor de interesse processual pela inadequação da via eleita, com fundamento no art. 267, inciso VI e § 3º, e art. 295, inciso III, ambos do CPC[1].

Nos autos do mencionado *habeas corpus*, sustentava o impetrante sofrer o ora agravante constrangimento ilegal por ato do Colégio Recursal da 52ª Circunscrição Judiciária de São Paulo que denegou ordem de *habeas corpus* impetrado contra ato do Juízo do Juizado Especial Criminal de Itapecerica da Serra que teria cerceado o direito de defesa do réu, acusado da prática da contravenção penal do art. 58, da Lei de Loterias (Decreto 6259/44).

Alegava, ainda, que o ora agravante sofre constrangimento ilegal por ato do Juízo do Juizado Especial Criminal que negou seguimento a recurso em sentido estrito interposto em audiência, culminando por pedir a concessão da ordem para que liminarmente seja trancada a ação penal por cerceamento de defesa.

Sustenta o agravante ser possível o ajuizamento de *habeas corpus* para combater ilegalidades flagrantes, como as apontadas naquele *writ,* indicando equívoco do Relator ao "*interpretar que o Writ interposto visa somente garantia*

1 "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
(...) § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.
Art. 295. A petição inicial será indeferida:
(...) III - quando o autor carecer de interesse processual;"

Acesso ao Sumário

de locomoção ou ameaça de prisão, se for assim estaremos trocando as fardas pelas togas o que há muito combatemos para ser revertido".

Ao final pede o seguimento do agravo regimental, "*demonstrado em dois únicos pontos suscitados na peça de RHC, ou seja, o não cumprimento de Jurisprudência pacífica que dá o direito do Paciente em ter a suspensão condicional do processo ou a transação penal e a nulidade causada pela denegação do seguimento do RECURSO EM SENTIDO ESTRITO que tinha direito o paciente*".

A decisão foi mantida, nos termos do art. 255, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça[2] (RITJSP).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em absolutamente nenhum ponto da petição inicial foi mencionado qualquer implicação na liberdade de locomoção do paciente pelo ato do Colégio Recursal ou do Juízo do Juizado Especial Criminal de origem.

O paciente responde o processo em liberdade.

Logo, não é o *habeas corpus* a via adequada para a apreciação sobre denegação de ordem de *habeas corpus* pelo Colégio Recursal da 52ª Circunscrição Judiciária onde sustentou o agravante cerceamento de defesa ou, ainda, para apreciação de ato do Juízo do Juizado Especial Criminal, não se verificando -nem sequer exposto pelo impetrante- qual risco sofre o paciente em sua liberdade de locomoção.

Como ressaltado na decisão agravada, "*a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXVIII, que 'conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder'.*

Reconhece de forma pacificada, a doutrina e jurisprudência, que o habeas corpus é uma ação constitucional de natureza penal e procedimento especial, isenta de custas e sem que dele exija procedimentos ou ritos formais, e que visa evitar ou cessar violência, ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, como previsto na norma constitucional. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, embora regulamentado no capítulo

2 RITJSP: "Art. 255. O prolator da decisão impugnada poderá reconsiderá-la; se a mantiver, colocará o feito em Mesa, independentemente de inclusão em pauta, proferindo voto."

Acesso ao Sumário

a eles dedicado no Código de Processo Penal.

Ou ainda na definição objetiva de que se trata de instituto jurídico que tem a precípua finalidade de proteger a liberdade de locomoção ou o direito de 'andar com o corpo'.

Embora não seja o habeas corpus sucedâneo de recurso, não menos certo, porém, que entre nós alargou-se o seu cabimento, mesmo para situação onde não se discute a liberdade de locomoção, conforme entendimento consagrado pelos Tribunais Superiores. Todavia, como já advertia o Ministro Gilson Dipp, nos autos do HC. N. 198.540, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Nos autos do habeas corpus acima referido, assim anotou o Ministro GILSON DIPP em seu voto, onde concluiu pelo não conhecimento da impetração: 'Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmos dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas corpus', hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do habeas corpus é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal'".

Vem pontuando, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

"*Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente*." (HC 242.643/BA, 6ª Turma, j. 20/08/2013).

"*Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido 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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão*

Acesso ao Sumário

criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna." (HC 266.260/MT, 6ª Turma, j. 10/12/2013).

"É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. *3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ). 4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. 5. Submetidas ao recurso próprio (AREsp) as nulidades referentes à busca e apreensão e à oitiva de testemunhas, não merecem aqui conhecimento*." (HC 157534/SP, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.12.2012).

A ação constitucional foi julgada extinta com fundamento na carência de interesse processual pela inadequação da via eleita (art. 267, inciso VI e § 3º, e art. 295, inciso III, ambos do CPC).

E como ressaltado na decisão agravada, este E. Tribunal de Justiça vem indeferindo, liminarmente, o processamento de *habeas corpus* quando ausentes as condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade de partes e o interesse processual (sublinhei), conforme os seguintes precedentes: **1ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Péricles Piza - HC nº 1.125.376.3/0-00 , **2ª Câmara de Direito Criminal** , Rel. Des. Teodomiro Méndez - HC nº 990.08.024812, **3ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Amado de Faria - HC nº 990.09.040882-0, Rel. Des. Moreira da Silva - HC nº 990 09 055623-5, Rel. Des. Luiz Antonio Cardoso - HC nº 990.09.191595-5, Rel. Des. Luiz Pantaleão - HC nº 1.157.665-3/8, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme - HC nº 1.024.206-3/9, Rel. Des. Junqueira Sangirardi - HC nº 964.158-3/1-00, Rel. Des. Barbosa de Almeida - HC nº 965.690.3/6, **4ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Salles Abreu - HC nº 0063235-24.2012.8.26.0000, Rel. Des. Euvaldo Chaib - HC nº 0002398-37.2011, Rel. Des. Willian Campos - HC nº 1.213.776-3/1-00, Rel. Des. Helio de Freitas - HC nº 1.043.712-3/00, **5ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Freitas Filho - HC nº 00200497-

Acesso ao Sumário

50.2011.8.26.0000, Rel. Des. Pinheiro Franco - HC nº 990.08.193498-1, Rel. Des. Aguinaldo de Freitas Filho - HC nº 0294075-67.2011.8.26.0000, **6ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Ericson Maranho - HC nº 23777-34.2011, Rel. Des. Ricardo Tucunduva - HC nº 964.065.3/7-00, **8ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Aben-Athar - HC nº 0586960-53.2010.8.26.0000, Rel. Des. Poças Leitão - HC nº 990.10.112054-2, **9ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Otávio Henrique - HC nº 0125920-67.2012.8.26.0000, Rel. Des. Souza Nery - HC nº 990.09.088318-9, Rel. Des. Ubiratan de Arruda - HC nº 993.08.021359-3, **10ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Desembargadora Rachid Vaz de Almeida - HC nº 0057930-59.2012.8.26.0000, Rel. Des. Otávio Henrique - HC nº 990.09.170275-7 e 990.09.170282, Rel. Des. Nuevo Campos - HC nº 0003631-45.2006.8.26.0000, **11ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Aben-Athar - HC nº 0135669-11.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme G. Strenger - HC nº 0102220-96.2011.8.26.0000, **12ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. João Morenghi - HC nº 0027369-52.2012.8.26.0000, **13ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Cardoso Perpétuo - HC nº 0141567-05.2012.8.26.0000, Rel. Des. França Carvalho - HC nº 990.10.236579-4 e 0036606-13.2012.8.26.0000, **14ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Hermann Herschander - HC nº 0584416-92.2010.8.26.0000, Rel. Des. Walter da Silva - HC nº 990.10.322398-5, Rel. Des. Fernando Torres Garcia - HC nº 990.09.104650-7, **15ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Ribeiro dos Santos - HC nº 0028525-12.2011.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mortari - HC nº 990.09.120736-5, **16ª Câmara de Direito Criminal**, Rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira - HC nº 0299578-69.2011, Rel. Des. Leonel Costa - HC nº 990.09.074426-0.

Portanto, e de todo o exposto, inadequada utilização ação constitucional para ataque à V. Acórdão do Colégio Recursal em *habeas corpus* onde se alegava cerceamento de defesa, muito menos ao debate sobre o seguimento de recurso em sentido estrito interposto em audiência perante o Juízo do Juizado Especial Criminal, deve ser mantido o indeferimento da impetração.

Do exposto, e pelo meu voto, nego provimento ao agravo regimental, mantida a extinção da ação por ser o autor carecedor de interesse processual pela inadequação da via eleita, com fundamento no art. art. 267, inciso VI e § 3º, e art. 295, inciso III, ambos do CPC[3].

Acesso ao Sumário

3 "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
(...) § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que Ihe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.
Art. 295. A petição inicial será indeferida:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0000431-49.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes T.N.F., N.F. e C.F., é agravado COLENDA 16ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo regimental. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.886)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Agravo regimental - Despacho que indeferiu pedido liminar de extensão de medida protetiva nos termos previstos na Lei Maria da Penha inicialmente concedida à mãe para alcançar também os filhos - Reconsideração da decisão - Impossibilidade - Pedido que, nos termos em que formulado, implica análise de questões de direito e de provas em nível descabido em sede cautelar, além de, importar, ao menos nesse momento, em usurpação da competência do Juízo especializado - Inadequação da via eleita - Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **agravo regimental** interposto por T.N.F. e seus filhos L., N.,

(...) III - quando o autor carecer de interesse processual;"

C. e C. contra o despacho que indeferiu pedido liminar formulado em sede de Mandado de Segurança.

Pretendiam os impetrantes do *mandamus* com a medida inicial a extensão de medida protetiva concedida a T., nos termos da Lei Maria da Penha, também para os menores, com a consequente determinação da busca e apreensão das crianças que atualmente residem com o pai.

Ao que se extrai dos autos da **ação mandamental**, após vinte anos de relacionamento e algumas idas e vindas, T. e o genitor das crianças, O., encontram-se separados, pelo menos de fato, desde o ano de 2012.

De lá para cá, o comportamento agressivo de O., já manifestado ao longo do casamento, teria se intensificado e passado a atingir com mais frequência e gravidade não só T. como também os quatro filhos do casal.

Nestes termos, mediante representação oferecida por autoridade policial, foram deferidas à T., pelo MM. Juízo da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, medidas protetivas diversas com base na Lei 11.340/06 (fls. 26/28).

Não obstante a referida decisão tivesse feito expressa menção à ***"proibição de aproximação da ofendida e seus familiares pela distância mínima de 300 metros"*** (cf. fls. 27), novo pedido foi formulado perante o mesmo juízo, agora em nome dos menores, objetivando a extensão das medidas protetivas concedidas à mãe também para os filhos e a determinação de imediata busca e apreensão das crianças.

O pedido foi rejeitado, tendo a magistrada oficiante entendido que a competência para apreciar a questão não cabia àquele Juízo especializado.

Acesso ao Sumário

Naquela oportunidade, anotou a N. Juíza que, nos termos de sua ementa, bem como de seu artigo 6º, a Lei Maria da Penha cria mecanismos para *coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher,* o que afastaria a possibilidade de invocação daquele diploma legal e a atuação daquele Juízo para solucionar a questão no tocante às crianças (fls. 87/89).

Contra a referida decisão, foi finalmente impetrado Mandado de Segurança nos termos já acima descritos.

O despacho exarado por ocasião do Plantão Judiciário pelo d. Des. Ivo de Almeida e que denegou a liminar (fls. 90/92) foi, em seguida, ratificado (fls. 92),

sendo que a negativa motivou o presente agravo.

Nas razões recursais, foram novamente descritos os episódios de violência e desentendimento, sendo que, no mais, em síntese, sustentou-se a necessidade de concessão das medidas protetivas, bem como a possibilidade de elas serem determinadas pela presente via.

É o relatório do essencial.

O presente agravo não comporta provimento.

Com efeito, conforme constou da r. decisão que indeferiu a liminar (fls. 90/92), devidamente ratificada às fls. 93, proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 0000431-49.2014.8.26.0000 constou que:

"A interpretação que se extrai da respeitável decisão impugnada dá conta de que não teria havido, propriamente, indeferimento - pelo mérito - do pedido de medidas protetivas, mas hipótese de não conhecimento de tal pedido, pela incompetência funcional do Juízo.

Com efeito, ao dispor que, estando os impetrantes L., N., C. e C. sob a guarda do pai, suposto agressor, não poderia a Vara da Violência Doméstica conhecer e decidir dos supostos maus-tratos contra eles perpetrados, ficando o caso sob a jurisdição da Vara da Família, a qual, aliás, deliberou sobre a referida guarda.

Não se ignora haver decisão anterior daquele Juízo, proferida em 15 de maio transato pela mesma Magistrada, concedendo tais medidas 'à ofendida e seus familiares', compreendendo-se, aqui, claramente, os filhos dela com o suposto agressor, o que, em tese, tornaria inócua, aqui nesta impetração, qualquer outra providência.

Porém, e mesmo em face do histórico familiar conturbado, teria o Magistrado da Vara da Família deliberado pela atribuição da guarda ao pai, aqui apontado como suposto agressor.

Entende-se que providências acautelatórias devem ser adotadas com urgência, tal como, aliás, sugerido, prudentemente, pelo douto Promotor de Justiça em primeiro grau.

Porém, a espécie deverá, ao que parece, ficar mesmo restrita do Juízo da Família, tal como dispôs a respeitável decisão impugnada, que, ao menos neste estágio de cognição sumária, fica mantida.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, indefiro a liminar."

Como se vê várias são as questões que pedem análise.

O caso é, sem dúvida, delicado e clama por uma solução eficiente para os envolvidos.

No entanto, é deveras complexo para se ver cautelarmente resolvido via agravo regimental.

Tanto é assim que os autos são recheados de documentos e cópias de decisões.

Nesse quadro, evidente que a questão posta pede análise detalhada de quadro fático o que não é recomendável, para não dizer inadmissível em sede liminar.

E o mesmo ocorre com as questões de direito.

Isso porque, caso se considere que a primeira decisão do juízo *a quo* ao mencionar *"T. e seus familiares"* estendeu a proteção aos menores, o mandado de segurança interposto sequer poderia ser conhecido, porque ausente seu objeto.

Se, no entanto, prevalecer o entendimento de que o objeto da impugnação é a segunda decisão, que não apreciou o pedido formulado, uma vez que entendeu pela incompetência daquele Juízo especializado, a questão posta no *mandamus* e no presente agravo pedirá análise diversa.

Some-se a isso, o fato de que há notícia nos autos de que é o pai quem, por decisão do Juízo da Família, detém a guarda dos filhos.

Nesse quadro, a pretensão, conforme anotado acima, em sede liminar, não pode ser atendida.

De um lado, porque pede análise cuidadosa de quadro fático; de outro, porque envolve o conhecimento de questões de direito não demonstradas de plano e, por fim, porque sua concessão, neste momento, importaria, em última análise, em uma revogação de decisão anteriormente exarada por outro juízo especializado.

Em outras palavras, implicaria cassação da guarda dos menores, que ao que consta, foi legitimamente concedida pela Vara da Família.

Com a devida vênia, é de se ver que não há qualquer reparo a se fazer no despacho que indeferiu a liminar mandamental.

Destarte, **nega-se provimento ao agravo regimental**.

Apelações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004058-70.2010.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante/A.M.P SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., são apelados WLADIMIR PAIVA GEBRIN e LUCAS DUARTE GEBRIN.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7379)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014

LAURO MENS DE MELLO, Relator

Ementa: ESTELIONATO - Réus acusados de fraudar prontuário de paciente para receber mais dinheiro da Seguradora relativo ao DPVAT - Paciente submetido adequadamente a tratamento - Seguradora que pagou à clínica dos réus valor inferior ao apurado pelo seu próprio auditor - Materialidade não comprovada - Absolvição mantida - Improvimento.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1], proferida pelo Dr. Domicio Whately Pacheco e Silva[2], que ora se adota, acrescenta-se que os apelados foram acusados como incurso no artigo 171, *caput,* c.c. artigo 14, *caput*, II, c.c. artigo 29, *caput,* todos

1 Folhas 400.

2 1ª Vara Judicial da Comarca de Registro.

do Código Penal[3], sendo absolvidos.

O Ministério Público[4] e a assistente de acusação Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S/A[5] apelaram pedindo a condenação na forma da denúncia.

Apresentadas contrarrazões[6].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[7] pelo provimento aos recursos.

É o relatório.

Os apelados foram acusados de estelionato porque, entre os meses de abril e setembro de 2009 teriam obtido R$ 756,00 em prejuízo da seguradora Líder e da vítima Valdeir, pois esta última sofreu um acidente de trânsito em 01.04.2009 e, enquanto estava no hospital, foi convencida pelos réus a fazer seu tratamento médico na clínica Vênus, sob responsabilidade do réu Wladimir e assinou documento cedendo o benefício do seguro ao réu Lucas, para reembolso do tratamento médico, que consistia em 5 curativos e 5 sessões de fisioterapia. Porém, os réus criaram relatórios de tratamentos inexistentes e procedimentos aos quais a vítima não se submeteu para receber maior valor da seguradora. Por conta dos relatórios falsos receberam a quantia de R$ 756,00 a mais do que o devido pelo tratamento realizado.

A prática de condutas pelos apelados é certa. O apelado Wladimir é o responsável pela instituição onde a vítima Valdeir foi submetida a tratamento e o contrato de cessão de direitos[8] relativo ao DPVAT estava em nome do apelado Lucas.

A questão a ser analisada nos presentes autos diz respeito à materialidade do delito.

Além dos documentos relativos ao tratamento médico a que a vítima Valdeir foi submetida[9], interrogado em juízo o apelado Wladimir[10] explicou que é médico ortopedista. Atendeu diversos casos de acidente de trânsito em sua clínica, não se recordando em detalhes o problema da vítima. Recorda-se que se tratava de um politrauma em razão de ter colidido a bicicleta na qual trafegava com um automóvel. Possuía grave fratura exposta no punho direito, além de

Acesso ao Sumário

3 Fato ocorrido entre os meses de abril e setembro de 2009.

4 Folhas 410.

5 Folhas 442.

6 Folhas 449.

7 Folhas 514.

8 Folhas 15.

9 Folhas 20 e seguintes.

10 Folhas 306.

escoriações e ferimentos na mão e na perna. Sua recuperação foi feita na clínica e foi muito lenta, gerando sequela que lhe propiciou indenização de 07 mil reais. Foram feitos diversos procedimentos: consultas, raio x, curativos, fisioterapia. No Vale do Ribeira sua clínica é a única especializada para fazer esse tipo de atendimento. Geralmente, como as vítimas não tinham condições de pagar pelo tratamento, costumavam ceder os direitos do seguro DPVAT à clínica. O corréu Lucas, seu filho, era o responsável pela parte burocrática da clínica e por isso consta o nome dele nos documentos do seguro. O valor do tratamento foi de R$ 2.170,00, mas a seguradora só pagou R$ 168,00. Existe interesse da seguradora em evitar pagamentos do seguro DPVAT. Aumentou em 15% o custo do seguro, mas os prêmios continuam os mesmos. O réu Lucas[11] acrescentou que forneceu todos os documentos e prontuários relativos ao paciente para a seguradora e para o auditor. O repasse do dinheiro do seguro às instituições médicas foi vetado posteriormente, mas eram permitidos na época. Com o sistema novo, a vítima recebia a indenização e depois pagava o tratamento. Afirmou que todos os procedimentos cobrados foram efetivamente realizados.

O documento apresentado pelos réus[12] estampa a assinatura do paciente-vítima em todos os procedimentos realizados pela clínica.

A vítima Valdeir[13] não se recorda em detalhes de todo o tratamento a que foi submetido, mas afirmou que a clínica do réu prestou-lhe bom serviço. Um auditor do seguro foi uma vez à sua casa, mas a vítima não estava e ele conversou com o pai da vítima, que não foi inteirada do conteúdo da conversa.

O pai da vítima, José Rodrigues[14] negou ter dito ao auditor que seu filho foi apenas cinco vezes à clínica do réu, até porque afirmou que seu filho foi certamente mais de cinco vezes ao local. Tal informação, consta do documento de folhas 35, mas o depoente afirmou ter assinado sem "prestar atenção" no conteúdo. Afirmou, contudo, que seu filho não "quebrou nenhum osso, mas ficou com sequelas na mão".

O advogado da Seguradora, Pedro[15], depôs nos autos dizendo que ficou sabendo que nem todos os procedimentos discriminados pela clínica do réu à seguradora eram submetidos à vítima. Foi criada uma auditoria para apurar tais fatos, mas a testemunha começou a advogar para a Seguradora vítima apenas após a auditoria, pouco podendo esclarecer a respeito.

O auditor Roberto[16] confirmou que preencheu o documento de folhas 35,

11 Folhas 308.

12 Folhas 312.

13 Folhas 301.

14 Folhas 302.

15 Folhas 303.

16 Folhas 304.

Acesso ao Sumário

dando para o pai de Valdeir assinar, mas que são verdadeiras as informações ali contidas. As conclusões dos valores pagos pela clínica foram de responsabilidade da seguradora e não soube dizer por que, embora reconhecido na auditoria o valor de R$ 1.414,26, a seguradora pagou apenas R$ 168,00. Também confirmou que nem sempre a vítima se recorda de todo o tratamento aplicado pelo médico.

Assim vistas às evidências dos autos, não há nenhuma prova de que os réus tenham pretendido receber mais dinheiro da seguradora do que o devido, fraudando os documentos e prontuários da clínica.

Ao contrário, o próprio auditor constatou que era devida quantia maior do que o valor pago pela seguradora aos réus e o pai da vítima declarou categoricamente que seu filho foi mais vezes à clínica do que as cinco vezes que a assistente de acusação pretende impingir, a fim de pagar menos indenização aos réus.

O que ficou provado é que os réus submeteram a vítima Valdeir a tratamento correto, pelo qual ela se mostra plenamente satisfeita, e que a seguradora não lhes pagou o que devia pelo tratamento, valor este reconhecido inclusive pelo auditor por ela contratado. Tais fatos, como se pode ver, não se adequam à descrição típica do artigo 171, *caput,* do Código Penal.

Enfim, ausente prova da materialidade do estelionato, mantém-se o *non liquet* lançado na sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002729-23.2009.8.26.0474, da Comarca de Potirendaba, em que é apelante OSVALDO NEVIANI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8495)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - Estupro de vulnerável em continuidade delitiva - PLEITO DE

ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade. Declarações das vítimas, às quais se confere relevante força probatória. Crime que nem sempre deixa vestígios – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ATO OBSCENO OU IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - Descabimento. Toques nas pernas, nádegas e região genital, por diversas vezes, praticados com o intuito de satisfazer a própria concupiscência - Pena criteriosamente aplicada - Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 180/185 condenou **Osvaldo Neviani** à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao arts. 217-A, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

Inconformado, apela o réu em busca da absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o art. 233 do Código Penal ou art. 61 da Lei de Contravenções Penais (fls. 191/206).

Contrariado o recurso (fls. 211/215), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do apelo (fls. 219/225).

É o relatório.

A imputação é a de que, em meados de novembro de 2009, por diversas vezes, em horários não determinados, no interior do ônibus que fornece o transporte escolar municipal, na cidade de Nova Aliança, na comarca de Potirendaba, o apelante praticou ato libidinoso com S. A. B. A., com 11 anos; B. G. N. F., com 10 anos; S. G. B., com 10 anos; T. C. M. S., com10 anos; e A. S. C., com 10 anos, todas menores de 14 anos à época dos fatos.

Apurou-se que Osvaldo, funcionário público municipal, exercendo a função de motorista do ônibus que faz o transporte de alunos no Município de Nova Aliança, aproveitando-se da ausência de vigilância durante o trajeto, praticou, por diversas vezes, atos libidinosos com as crianças S. e B., consistentes em passar as mãos pelo corpo das menores (pernas e coxas), inclusive no órgão genital de S..

No caso de S., Osvaldo não parava no local onde a criança deveria descer e a deixava para ser entregue por último, oportunidade em que se aproveitava para praticar os atos libidinosos com ela.

Uma vez que os fatos vieram à tona, o Conselho Tutelar de Nova Aliança procurou a escola onde as vítimas estudavam e acabou por identificar outras vítimas de Osvaldo, as crianças S., T. e A., também com 10 anos de idade, as

Acesso ao Sumário

quais relataram conduta semelhante do acusado, que se aproveitava do fato de as menores estarem sentadas na primeira poltrona, logo após o seu assento e esticava o braço para trás, passando as mãos em suas pernas.

A autoria é certa

Interrogado, o acusado negou a prática dos fatos e disse que "nem por brincadeira" passou a mão nas meninas. Ademais, nunca viajou sozinho com elas, pois também transportava mães e professores (fls. 106/108 e 167/168).

Tal negativa, entretanto, foi infirmada pelo conjunto probatório.

As vítimas ofertaram declarações uníssonas e coerentes, amplamente desfavoráveis ao apelante.

S. asseverou que o acusado passou a mão na declarante por diversas vezes "da cintura para baixo", nas pernas, nádegas e vagina. Algumas vezes, deixou de tomar a condução, pois não queria ser incomodada e molestada pelo réu. Ele também passava as mãos em B., S. e T.. Não contou aos pais por medo (fls. 155).

B. afirmou que todas as vezes que usou o transporte, o réu passava as mãos nas crianças. Ele dizia que a declarante era bonita e, por isso, acariciava suas pernas. Viu o acusado passar as mãos em S. (fls. 156).

S. também relatou que Osvaldo passava as mãos em suas pernas e nádegas e dizia que era sua namorada. Viu o réu acariciar T. e A. (fls. 157).

A. aduziu ter o réu, por uma vez, passado a mão em suas pernas. Presenciou ele fazer o mesmo com S. e T. (fls. 158).

Por fim, T., ouvida somente na fase extrajudicial, não ofertou declarações diferentes. Disse que o apelante a convidava a se sentar no motor do ônibus, que ficava ao lado do motorista, ocasião em que passava as mãos em suas pernas e dizia que a declarante era bonita. Fez isso umas três vezes (fls. 84/85).

Sabe-se que é pacífico o entendimento de que às declarações da ofendida deve ser conferido relevante valor probatório, visto que os crimes de natureza sexual, como se sabe, são comumente perpetrados na clandestinidade, não sendo raras as situações em que se encontram no contexto fático apenas o agente e a vítima. Por isso, a importância probatória das declarações das ofendidas, quando os demais elementos probatórios as robustecem.

Nesse sentido:

"*Cabe frisar que, a despeito da tese sustentada pela combativa defensoria técnica alegação de fragilidade probatória -, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação dos fatos e da sua autoria, em matéria de crimes sexuais, visto que perpetrados, no mais das vezes, sob o signo da clandestinidade*." (Ap. nº 0030111-15.2005.8.26.0576, Rel. Moreira da Silva, 8.ª Câm. j. em 29.09.2011).

Mas não é só.

Acesso ao Sumário

D. S. B. e V. M. relataram que questionaram a ofendida S. acerca do porquê de voltar a pé da escola, ao invés de pegar o ônibus. De início, S. desconversou, mas depois disse que não queria mais ir de ônibus, pois o acusado estava passando as mãos nela e em outras garotas. A depoente conversou com as outras meninas, as quais confirmaram os fatos (fls. 162/163).

E J. B. C., T. A. N. B. e L. G. N. relataram ter tomado conhecimento dos fatos através das vítimas (fls. 159/161).

Por outro lado, as testemunhas A. R. S. C. e F. S. disseram que nunca viram nada de errado. No entanto, a primeira confirmou que não fazia o trajeto da escola até a Cohab e a segunda, que não pegava o ônibus todos os dias (fls. 165/166).

Indubitável, portanto, que o acusado praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, por diversas vezes, nas vítimas menores de 14 anos.

Tais condutas somente foram postas em relevo, porque a mãe de S. estranhou o fato de a menina não querer mais voltar da escola de ônibus e optar por andar a pé para casa.

Não há o menor indicativo de que todas as cinco ofendidas quisessem incriminar injustamente o apelante. Seus relatos se mostraram uníssonos com os ofertados a seus genitores e psicóloga da prefeitura municipal (fls. 30), bem como ao Conselho Tutelar (fls. 60), adquirindo, assim, relevante força probante.

Cumpre frisar que o estupro (aqui englobada a figura do antigo atentado violento ao pudor em razão da nova redação dada pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009) nem sempre deixa vestígios, ainda mais na modalidade em que praticada no caso em apreço, de sorte que a prova oral se revela suficiente a comprovar a consumação do crime.

Neste sentido, julgado desta Colenda Câmara Criminal:

"*É bem de ver, ainda, que não se exige prova técnica à demonstração da materialidade, em se tratando de crime cuja espécie nem sempre deixa vestígios e sua comprovação pode assentar-se perfeitamente na prova oral, de modo que, mesmo se existisse qualquer deficiência no laudo de exame de corpo de delito, não seria suficiente para descaracterizar a materialidade do delito*." (Apelação nº 0005733-20.2004.8.26.0191, Rel. Moreira da Silva, j. em 21/06/2012).

Prescindível, ademais, para a configuração e consumação do delito ter o acusado alcançado o orgasmo ou não, o qual se traduziria em mero exaurimento do crime, pois já satisfeita sua lascívia.

Deste modo não há que se cogitar da desclassificação para o delito de ato obsceno ou para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Ora, o acusado tocou nas pernas e nádegas das vítimas menores de 14

Acesso ao Sumário

anos, por diversas vezes e, no caso de S., chegou a acariciar sua região genital, sempre quando estava sozinho com as meninas ao largo dos olhares de adultos. E, assim, o fez com o claro intuito de satisfazer a própria concupiscência. Claramente, não se tratou de mero ato de conteúdo sexual atentatório, ofensivo ou ultrajante ao pudor público.

Colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA QUE SE AMOLDA, EM TESE, AO DELITO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A TIPIFICADA NO ART. 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DESPROVIDO.*

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o contato físico do Acusado com as vítimas, consistente em passar as mãos nas nádegas e pernas para satisfazer a lascívia, é suficiente para caracterizar o delito de atentado violento ao pudor. Precedentes. (...)" (AgRg no AgRg no AREsp 152704/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/07/2013).

Confira-se, a propósito, julgado desta Colenda Câmara Criminal:

"*DESCLASSIFICAÇÃO - IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - DESCABIMENTO - Contravenção que se caracteriza pela realização de determinados atos libidinosos de modo furtivo, sem emprego de violência ou ameaça - Conduta imputada ao acusado praticada com violência presumida, em razão da idade das vítimas - Atos, ademais, que não foram perpetrados na via pública ou em lugar acessível ao público*." (Apelação nº 0006262-77.2005.8.26.0070, Rel. Amado de Faria, j. em 21/06/2012).

A reprimenda foi criteriosamente estipulada, levando em consideração concretamente o delito em tela e não comporta modificação.

O *quantum* de pena superior a 08 anos e, sobretudo, a gravidade em concreto dos fatos, demanda a fixação do regime mais gravoso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0101100-35.2005.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MARCELO EDUARDO MORO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE

SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.251)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SAN JUAN FRANÇA (Presidente sem voto), CARDOSO PERPÉTUO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Ementa: EXTORSÃO - Art. 158, § 1º, do CP - Alteração do fundamento da absolvição - Ausência de interesse de agir no âmbito penal - Recurso não conhecido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 324/327), acrescenta-se que o acusado MARCELO EDUARDO MORO foi absolvido, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, do crime previsto no artigo 158, § 1º, do Código Penal.

A Defesa apelou para pleitear a alteração do fundamento da absolvição, alegando estar provada a inexistência do fato (fls. 330, 350/351 e 358/363).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 384/386), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu desprovimento (fls. 388/390).

É o relatório.

O interesse constitui pressuposto sem o qual a parte não está legitimada a recorrer (parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal).

A dúvida na condenação, como bem ressaltado na sentença (fl. 326, segundo parágrafo), está relacionada à autoria dos fatos.

De efeito, não restou provada a inexistência dos fatos, tendo em vista que MARCELO não juntou aos fatos os documentos que disse ter apresentado na corregedoria de polícia, no sentido de que escoltava um detento por ocasião da prática delitiva, mas de insuficiência de indícios de autoria, circunstância que motivou a absolvição do réu.

Inexiste, portanto, sucumbência, que é a desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido. Por conseqüência, não há também o interesse de recorrer, pois a sucumbência se afere no cotejo do pedido com a parte dispositiva da sentença, não com o fundamento que a ditou.

Ao julgar o Recurso em Sentido Estrito nº 1.015.241/6, da comarca de

Acesso ao Sumário

São Paulo, aos 28.06.1996, a C. 14ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, sendo relator o ora signatário, que visava ao recebimento de apelação rejeitada por falta de interesse de agir, assentou que:

> "É inadmissível o acolhimento do apelo do réu que pretende alterar a fundamentação de sentença absolutória, por falta de interesse do recorrente no âmbito criminal" (RJDTACRIM 31/365).

Realmente, assinala-se na doutrina que, "tendo ocorrido a absolvição, a questão remanescente é exclusivamente civil, devendo ser suscitada na área cível, não tendo mais a Justiça Penal competência para examiná-la" (Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Saraiva, 1992, 2ª edição, p. 328).

Em lúcido voto proferido no julgamento da apelação criminal nº 58.737-3-SP, j. em 17.2.1988, pela 6ª Câmara deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o eminente Desembargador REYNALDO AYROSA defendeu a mesma tese:

> "O interesse que torna admissível o recurso e ao qual se refere o parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal, só pode ser aquele circunscrito ao campo do Direito Penal substantivo ou adjetivo, sob cujos princípios e regras se desenvolveu a lide, e não todo e qualquer interesse amplamente considerado, de natureza jurídica ou simplesmente moral. Alcançada que foi a absolvição, pela improcedência da ação penal, extinguiu-se para o réu todo o interesse no apontado âmbito criminal, pois, através dela, ficou livre ou a salvo de qualquer restrição fundada em leis dessa natureza, pelo fato que lhe fora imputado".

Assim, pelas razões ora expostas e, com fundamento no art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não conheceram da apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000007-63.2010.8.26.0396, da Comarca de Novo Horizonte, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado IVAN MARCOS PAIXÃO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial, para condenar o apelado Ivan Marcos Paixão à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 (doze) dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 20381)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), PENTEADO NAVARRO E SOUZA NERY.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Furto qualificado. Absolvição em primeira instância. Recurso do Ministério Público. Acolhimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para autorizar a prolação do decreto condenatório. Sentença que absolveu o réu mediante o reconhecimento do princípio da insignificância reformada. Comportamento do réu que revela relativa periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade. Recurso ministerial provido.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 285/293, cujo relatório adoto, Ivan Marcos Paixão foi absolvido da acusação de estar incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Não se conformando apelou o Ministério Público, buscando a reforma do julgado, para que o acusado seja condenado nos exatos termos da denúncia (fls. 312/320).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 323/324), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo (fls. 330/331).

Este é o relatório.

A apelação comporta provimento.

Com efeito, restou seguramente comprovado que no dia 20 de maio de 2010, por volta das 14h00min, no "Mercado Alvorada", cidade e comarca de Novo Horizonte, o apelado Ivan Marcos Paixão - em relação a quem foi determinado o desmembramento (fl. 08 do último apenso) -, juntamente com os corréus Renato Di Genova, Diego Rerison de Sousa e Rafael de Paula - em relação aos quais foi suspenso o andamento processual para a realização de exame de dependência toxicológica (fl. 188/189 e 219/220) -, agindo em concurso e previamente ajustados, subtraiu, para si e seus comparsas, 1 (uma) lata de atum e 1 (um) condicionador; na sequência, no "Mercado Derli e Neli", o apelado, juntamente com os mencionados corréus, subtraiu, para si e seus

Acesso ao Sumário

comparsas, 2 (dois) desodorantes e 1 (um) condicionador; e, logo após, no "Mercado Paraíso III", o apelado, juntamente com os corréus, subtraiu, para si e seus comparsas, 1 (um) desodorante, 5 (cinco) barras de chocolate marca *Garoto* e 1 (uma) barra de chocolate marca *Hershey's*.

Realmente, o conjunto probatório é sólido e demonstra à saciedade a conduta criminosa do acusado Ivan Marcos Paixão.

No aspecto material, o crime ficou comprovado pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/14), boletim de ocorrência (fls. 16/19), autos de exibição e apreensão (fls. 20/21 e 22/23), de avaliação (fls. 24 e 25) e de entrega (fls. 89), bem como pela prova oral produzida no decorrer do processo.

A autoria é, por igual, induvidosa, malgrado o silêncio dos acusados na fase policial (fl. 11/14) e a negativa de autoria de todos em Juízo (fls. 195/196, 197/198, 221/222 e 223/224).

Anoto, nesse passo, que não convence a versão do réu Ivan de que estava voltando para casa sozinho, quando encontrou o corréu Rafael que já trazia consigo a sacola com os bens subtraídos. Ora, além de destoar das versões apresentadas pelos corréus, a versão do apelado restou isolada nos autos, em aberto conflito com a realidade probatória.

Ressalte-se, ademais, que as versões dos corréus Diego, Rafael e Renato têm em comum somente um detalhe, de relevância, qual seja, os três admitiram que em algum momento anterior à abordagem policial estiveram juntos - diversamente do que apontou o apelado Ivan. Renato e Diego alegaram que estiveram pintando ou reformando uma casa e Rafael disse que encontrou os demais acusados na rua, enquanto caminhava (fls. 197/198, 221/222 e 223/224). Rafael disse, ainda, contrariando as palavras do ora apelado, que eram os corréus Diego, Renato e Ivan que carregavam as sacolas com os bens descritos na denúncia.

Além disso, os relatos seguros e verossimilhantes dos policiais militares Adenilson Antonio Bergmans (fl. 193) e Morisson Sutti (fl. 194), colhidos em pretório, incriminam sobremaneira o apelado.

Acesso ao Sumário

Os milicianos relataram que faziam o patrulhamento de rotina, quando abordaram o corréu Rafael e o apelado Ivan - os dois já conhecidos nos meios policiais -, os quais traziam consigo duas sacolas com os bens subtraídos. Rafael e Ivan deram explicações pouco convincentes para a posse das duas sacolas e, ao final, ambos disseram que as tinham recebido do corréu Renato. Os policiais foram claros em afirmar que Diego e Renato confessaram que realizaram furtos em diversos supermercados em companhia de Rafael e Ivan. Salientaram, ainda, que as vítimas reconheceram os bens subtraídos.

Ora, de real valia a palavra dos policiais quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, sendo oportuno salientar que, no caso em tela, em nenhum

momento, restou evidenciada má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público. Por sinal, o apelado não mencionou qualquer circunstância, anterior ou contemporânea aos fatos, que ao menos indicasse um motivo para que os policiais militares lançassem falsa acusação contra ele.

Não bastassem essas razões, há ainda uma peculiaridade que não pode ser ignorada. O réu Ivan foi surpreendido na posse de parte de *res furtiva* e não logrou trazer uma justificativa aceitável para tanto, como indispensavelmente lhe cumpria. A alegação de que teria encontrado Rafael na rua e que este já trazia consigo as sacolas contendo os bens subtraídos, como já se disse, ficou escoteira nos autos, em aberto conflito com a realidade probatória.

Demais disso, há, também, os depoimentos dos representantes dos supermercados que reconheceram os bens subtraídos e que foram recuperados (fls. 190, 191 e 192).

Eduardo Aparecido da Silva Galindo descreveu que todos os réus estiveram em seu estabelecimento comercial (supermercado Derly e Neli); ressaltou que um dos réus distraiu os funcionários, dois subtraíram os objetos descritos na denúncia e o quarto permaneceu do lado de fora do estabelecimento, vigiando (fl. 191).

Sérgio Zenelatto, representante do supermercado Alvorada, afirmou que enquanto Diego ficou conversando com o depoente, os demais foram para o interior do estabelecimento, instante em que percebeu que um deles, ao sair, trazia algo sob a camisa. Disse que na hora não desconfiou da intenção dos acusados, sendo comunicado, posteriormente, que eles haviam subtraído alguns objetos de seu comércio, bens estes que foram apreendidos e reconhecidos (fl. 192).

O representante do supermercado Paraíso, Luís Henrique Cardoso, apesar de não ter presenciado a subtração, esclareceu que viu Ivan dentro do estabelecimento. Relatou que reconheceu os bens subtraídos (fl. 190).

Por outro lado, preservado o posicionamento do douto Magistrado de primeiro grau, entendo que não é o caso de aplicação do princípio da insignificância, o qual - diga-se de passagem -, embora ganhe a cada dia mais adeptos, não é ainda uma unanimidade e nem foi agasalhado pela legislação. Observe-se, nesse sentido, que o fato do valor dos bens subtraídos pelo apelado não ser expressivo, não autoriza, por si só, o reconhecimento do furto de bagatela; não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito, ou a ausência de prejuízo das vítimas, com a irrelevância da conduta do agente. Realmente, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância, nos crimes contra o patrimônio, não pode ser aplicado apenas e tão somente com base no valor da coisa subtraída. Devem ser considerados, também, outros requisitos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a

Acesso ao Sumário

nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido: STF - HC 98.152, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 05.06.09; HC 97.012-RS, 2ª T., rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.u., j. 09.02.10; HC 97.772-RS, 1ª T., rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 03.11.2009, v.u; RHC 103552/DF, 2ª T., rel. Min. EROS GRAU, j. 01.06.10, v.u.; HC 96757/RS, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 03.11.09, v.u.; STJ - HC 83.027-PE, 6ª T., Rel. Min. PAULO GALLOTTI, j. 16.09.09, v.u.

E no caso em tela tais requisitos não se fazem simultaneamente presentes, na medida em que a conduta, tal como narrada na peça acusatória, passa ao largo da inexpressividade penal, tratando-se de três furtos praticados durante o dia, em estabelecimentos comerciais diversos, mediante concurso de agentes e com extrema desfaçatez, já que os furtadores não se intimidaram com a presença nos locais dos funcionários e representantes das vítimas, revelando o comportamento do ora apelado relativa periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade.

Não fora por isso, é oportuno frisar que a prevalecer a tese do "crime de bagatela", os pequenos comerciantes - como no presente caso - estariam fadados à falência, pois qualquer um poderia entrar em seus estabelecimentos e saquear, à vontade, mercadorias de pequeno valor, o que, convenhamos, soa absurdo.

Para que não fique sem registro, anoto que a qualificadora do concurso de agentes ficou sobejamente comprovada pela prova oral colhida. Bem por isso, não tem cabimento o reconhecimento do privilégio previsto no artigo 155, § 2º, do CP, posto que incompatível com a forma qualificada do delito de furto. Ora, pela própria topologia do artigo, verifica-se que a benesse incide apenas no furto simples (artigo 155, "caput", do CP) e não no qualificado (artigo 155, § 4º, do CP). Ademais, a maior ousadia e periculosidade do agente, nesse caso - e isto ficou seguramente comprovado na hipótese concreta dos autos -, desaconselha a concessão do privilégio, que deve ser aplicado somente aos autores de delitos de pequena monta, sem maior repercussão social. Confira-se, a propósito, a jurisprudência: "Não tem cabimento a aplicação do benefício da substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou aplicação somente da pena de multa, quando se cuida de furto qualificado. Interpretação do § 2º do art. 155 do CP. Dissídio jurisprudencial comprovado". **(STF - 2ª T. - RE 109.541-SP - Rel. Min. DJACI FALCÃO - RTJ 118/858)**. "Furto qualificado e furto simples. Desvalor da ação e desvalor do resultado. Inaplicabilidade ao primeiro dos benefícios do art. 155, § 2º do CP. - "A interpretação teleológica desse preceito não pode considerar apenas o "desvalor do resultado", fazendo tabula rasa das circunstâncias típicas que, ao qualificar a conduta criminosa, a tornam valorativamente bem mais grave do que um furto simples" **(STF - 1ª T. - RE 91.788-SP - Rel. Min. THOMPSON FLORES - RTJ 95/887)**. "Furto

qualificado. Sua incompatibilidade com a figura do furto privilegiado. Divergência jurisprudencial comprovada. Recurso extraordinário conhecido e provido. - "Ambas as Turmas do STF já firmaram o entendimento de que a solução a que alude o § 2º do art. 155 do CP não é aplicável ao furto qualificado (RTJ 99/949)" **(STF - 1ª T. - RE 101.252-SP - Rel. Min. SOARES MUÑOZ - RTJ 109/1271)**. "Furto. Benefícios do § 2º do art. 155 do CP. Sua inaplicabilidade às hipóteses de furto qualificado. Precedentes do STF". (STF - 1ª T. - RE 96.555-SP - Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RTJ 104/822). "No crime de furto é impossível a concessão do privilégio sendo o delito qualificado, máxime se ausente o pequeno valor da res" **(TACRIM-SP. - 13ª C. - Ap. 677.995/5 - Rel. ROBERTO MORTARI - j. 29.03.94 - RJD 21/160)**. "Impossível ser deferido o privilégio do § 2º do art. 155 do CP, quando presentes as qualificadoras, pois a maior ousadia e periculosidade do agente não são compatíveis com o benefício que se defere aos autores de pequenos delitos, sem maior alarme social" **(TACRIM-SP. - 13ª C. - Ap. 670.255/7 - j. 12/04/94 - Rel. TEIXEIRA DE FREITAS - RJD 22/211)**.

Nessa conjuntura, bem comprovado o "*animus furandi*", impunha-se a condenação do réu Ivan por furto qualificado pelo concurso de agentes, nos exatos termos da denúncia, com a observação de que ficou evidente que os acusados agiram em conjunto, ora permanecendo em atitude vigilante, ora distraindo as pessoas dentro do estabelecimento, condutas que se equiparam, para os fins de configuração da coautoria, à do comparsa que executa materialmente os atos de subtração.

Quanto à reprimenda, a básica é fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, pois há diversos processos em andamento para apuração de suposta prática de furtos em face do ora apelado Ivan (fls. 25, 26, 27, 35, 36, 45 e 46), ostentando ele, ainda, condenações não definitivas, três por furto e uma por lesão corporal (fls. 31, 32, 33 e 34), o que revela que possui conduta social inadequada e personalidade voltada para a prática de crimes. Na segunda fase, não há agravantes e/ou atenuantes a serem reconhecidas. Na derradeira fase, imponho o aumento de 1/5 (um quinto) pelo crime continuado, já que foram três os estabelecimentos que tiveram bens furtados, do que resulta a pena final de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 13 (doze) dias-multa, no piso mínimo.

O regime de cumprimento é o semiaberto e não se vislumbra a possibilidade de concessão de penas alternativas, pois não preenche o apelado os requisitos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal. De fato, ainda que não tenham transitado em julgado as quatro sentenças que condenaram o ora apelado pela prática de furtos e lesão corporal (fls. 31, 32, 33 e 34), como já se disse, não há como negar que ele possui conduta social inadequada e personalidade voltada para a criminalidade. Logo, a fixação do regime mais benéfico, assim como a substituição por penas alternativas são medidas que

Acesso ao Sumário

não se mostram suficientes para a reprovação e prevenção dos crimes por ele praticado, trazendo insegurança e intranquilidade para a população, bem como um sentimento de impunidade. Outrossim, não é o caso de fixação do regime mais rigoroso, considerando o *quantum* final fixado para a pena privativa de liberdade e o fato do réu Ivan não ser reincidente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para condenar o apelado Ivan Marcos Paixão à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 (doze) dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0000344-39.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/recorrente WILTON SANTOS DA SILVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 00945)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2014.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E INCÊNDIO. Irresignações bilaterais concomitantes contra as sentenças de sucumbência recíproca no sumário da culpa, que, por terem naturezas distintas, após a edição da Lei nº 11.689/08, serão analisadas, em capítulos distintos, em única Decisão Colegiada. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA DEFESA LIMITADO AO AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA RELATIVA AO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. Manutenção. Prevalece o entendimento, nessa fase, que a dúvida razoável

Acesso ao Sumário

sobre a configuração ou não de qualificadora é o quanto basta para se remeter a questão ao Tribunal do Júri. Improvimento. APELAÇÃO MINISTERIAL CONTRA O CAPÍTULO QUE AFASTOU A QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL E IMPRONUNCIOU O APELADO DO CRIME DE INCÊNDIO. Ausência de indicativos de sadismo ou mesmo outro meio que objetivasse maior sofrimento à vítima. Conclusão pericial de que a vítima faleceu devido a traumatismo cranioencefálico por ação de instrumento contundente. Ausência de dúvidas. Correto o afastamento. Mantida a impronúncia do crime de incêndio, por se tratar de 'post factum' impunível, absorvido pelo delito ocultação de cadáver, somado a ausência de prova do risco efetivo a vida, integridade física ou a patrimônio de terceiro. Improvimento.

VOTO

Trata-se de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO tirado por WILTON SANTOS DA SILVA e APELAÇÃO CRIMINAL interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo, que pronunciou aquele como incurso no art. 121, § 2º, II e IV e no art. 211, ambos do Código Penal; afastou a qualificadora da utilização de meio cruel e o impronunciou da imputação prevista no art. 250 do mesmo Código (fls. 200/206).

De um lado, WILTON requer o afastamento da qualificadora relativa ao recurso que dificultou a defesa da vítima, por ser incompatível com a descrição fática (fls. 273/278). Já do outro, o Parquet pugna pelo reconhecimento da qualificadora afastada (meio cruel), bem como pela pronúncia de WILTON também pelo crime previsto no art. 250, § 1º, I, b), do Código Penal (fls. 247/257).

Contrariados os recursos, a decisão foi mantida (fls. 303), opinando a Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento de ambos (fls. 261/265, 280/286 e 307/318).

É O RELATÓRIO.

A partir da vigência da Lei nº 11.689/08 (responsável pela modificação significativa do procedimento dos processos da competência do Tribunal do Júri), as irresignações concomitantes contra as sentenças de sucumbência recíproca no sumário da culpa, passaram a ter naturezas distintas, como se vê na hipótese.

Acesso ao Sumário

E, consoante CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (in Capítulos de Sentença, 5ª edição, ano 2013, Ed. Malheiros) tal fenômeno não impede a análise por capítulos em único Acórdão, inclusive por medida de economia processual.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO

Pelo que se deduz da prova coligida, WILTON, por motivo fútil, teria efetuado facadas e marteladas em Carlos Eduardo, mediante recurso que dificultou a defesa deste, determinantes de sua morte.

Como se sabe, a decisão de pronúncia, por ter natureza jurídica de mero juízo de admissibilidade da acusação, exige apenas dois requisitos: prova da materialidade do fato e existência de indícios suficientes de autoria.

Nesse contexto, ambas estão demonstradas pelo laudo de fls. 148/150 e depoimento de testemunhas, tanto que a defesa não se volta contra a submissão do Recorrente ao plenário, mas sim em relação à confirmação da qualificadora relativa ao recurso que dificultou a defesa da vítima, inarredável na hipótese, porque o laudo antropológico atesta ferimento cortocontuso na região da clavícula direita do ofendido, de modo a confirmar que, em tese, WILTON apunhalou Carlos pelas costas, para facilitar o restante da ação.

Aliás, oportuno registrar que a dúvida razoável sobre a sua configuração ou não, nesta fase, é quanto basta para se remeter a questão em sua inteireza ao Tribunal do Júri.

A este teor, confira-se:

"As circunstâncias qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando se revelarem manifestamente improcedentes, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, a quem cabe valorar o conjunto probatório discutido em plenário e confirmar ou não sua ocorrência" (AgRg no AREsp 263415/MG - Ministra MARILZA MAYNARD - Quinta Turma - DJe 12/04/2013).

Destarte, de rigor a manutenção da qualificadora.

APELAÇÃO MINISTERIAL

Correto se afigurou o afastamento da qualificadora do meio cruel, diante da ausência de indicativos de sadismo, por parte do ora Apelado, ou mesmo outro meio que objetivasse sofrimento mais intenso à vítima.

Muito pelo contrário, a conclusão pericial (fls. 148/150) é de que a vítima faleceu devido a traumatismo cranioencefálico por ação de instrumento contundente.

Como bem ponderou a Magistrada, "os elementos são de que se valeu, o agente, dos meios de que detinha para a execução de delito, objetivando o resultado morte, o que já é componente do fato típico" (fls. 203).

Além disso, alertou a Procuradoria-Geral de Justiça que a própria denúncia

Acesso ao Sumário

do Ministério Público "reconheceu claramente que os golpes desferidos pelo réu com o martelo e com o facão causaram a morte imediata da vítima, ou seja, o próprio Ministério Público afastou a intenção do réu de causar sofrimento desnecessário à vítima, prolongando o seu sofrimento" (fls. 308).

E, colacionou:

"A simples reiteração de golpes, só por si não qualifica o homicídio pelo emprego de meio cruel" (TJSP-RT 588/321).

Portanto, inviável o reconhecimento da qualificadora reclamada.

Da mesma forma, mantém-se a impronúncia quanto ao crime de incêndio, por se tratar de *post factum* impunível, absorvido pelo delito ocultação de cadáver, cuja materialidade e indicativos de autoria estão presentes.

Além disso, nenhuma prova foi feita de que o fogo, ateado sobre a cama onde estava o corpo da vítima, criara risco efetivo à vida, integridade física ou a patrimônio de terceiros, até porque, pelas fotografias de fls. 106/129, verifica-se que não foi alastrado para fora do cômodo.

Nesse sentido, confira-se o precedente da Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE INCÊNDIO. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. NECESSIDADE. ARTS. 158 E 173 DO CPP. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Relativamente às infrações que deixam vestígios, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo ser suprida pela prova testemunhal apenas se os vestígios do crime tiverem desaparecido. 2. Na hipótese, tratando-se de delito de incêndio, inserido entre os que deixam vestígios, apenas poderia ter sido comprovada a materialidade do crime por meio de exame pericial, já que os vestígios não haviam desaparecido. 3. 'No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato' (art. 173 do CPP). 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória." (STJ - HC 65667/RS - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - Quinta Turma - DJe 15/09/2008).

Assim, irretocável a bem lançada sentença.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001101-55.2006.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALEX SANDRO ZANIN.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "1. Negaram provimento ao recurso do Ministério Público; 2. Deram por prejudicado o recurso do Réu; 3. De ofício, e nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, declararam extinta a punibilidade do Réu, com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de maus-tratos. Apelação do Ministério Público. Condenação pelo crime de tortura. Impossibilidade. Prova do excesso empregado nos meios de correção e disciplina. Caracterização do crime previsto no artigo 136 do Código Penal. Não configuração da figura típica prevista no artigo 1º da Lei nº 9.455/07. Recurso do Réu. Diminuição da pena. Prejudicada a análise do recurso. Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição. Não provimento ao recurso do Ministério Público. Prejudicada a Apelação do Réu. Extinção da punibilidade pela prescrição.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.195/196), acrescenta-se que se trata agora de apelações da sentença de fls.195/200 que, pela acusação do crime de tortura (artigo 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, todos da Lei nº 9.455/97), desclassificou o crime e condenou o Réu pelo crime de maus-tratos (artigo 136, § 3º, do Código Penal) à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) dias de detenção, em regime inicial aberto (substituída por pena restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade). Pretendem: ***1***. o Ministério Público: a condenação do Réu pelo crime de tortura, nos exatos termos da denúncia (fls.206/215); ***2***. o Réu: diminuição da pena (fls.229/235).

Os recursos foram regularmente processados e respondidos (Réu - fls.236/243; Ministério Público - fls.245/246).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls.255/257vº).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Os recursos serão analisados em conjunto.

A materialidade necessária ficou demonstrada: ***1***. pelo boletim de ocorrência (fls.08/09); ***2***. pelo atestado médico (fls.07); ***3***. laudo de exame de corpo de delito (fls.30); ***4***. pelas fotografias (fls.32/33); ***5***. pelo relatório psicológico (fls.70/73).

A responsabilidade do Réu foi reconhecida e é segura.

O Réu confessou os fatos na fase administrativa (fls.21), narrando que deu chineladas na filha para repreendê-la, mas que não pretendia acertar seu rosto. Afirmou que a filha é muito "*arteira*" e às vezes "*tem que aplicar algum corretivo*".

Em Juízo (fls.138/139), o Réu narrou que: ***1***. bateu na filha com o chinelo, pois ficou nervoso; ***2***. deu duas ou três chineladas; ***3***. nunca tinha agredido sua filha antes desses fatos; ***4***. estava nervoso por falta de dinheiro e pela cobrança familiar; ***5***. desde os fatos não se envolveu em nenhum outro incidente de agressão com a filha ou com sua esposa.

Note-se que o Réu não negou os fatos em nenhum momento, mas, ao contrário, afirmou que era nervoso e que andava ainda mais nervoso pela falta de dinheiro e pela pressão familiar que vinha sofrendo em razão desse fato.

As agressões do Réu contra a própria filha foram confirmadas pela prova oral (Jacqueline - fls.154/155; Carlos Henrique - fls.156; Maria Aparecida - fls.157) que demonstrou que o Réu exagerava quando repreendia a filha, aplicando-lhe severas surras.

Nesse panorama, ficou evidente que a vítima sofreu graves consequências pelos excessos praticados pelo Réu, mas a prova dos autos demonstrou que esses excessos - ***ressalte-se: graves, injustificados e criminosos*** - não tinham como objetivo manter a vítima sobre intenso e contínuo sofrimento físico, psicológico ou moral, como demanda a figura típica prevista no artigo 1º da Lei nº 9.455/97, mas repreender seus atos em circunstâncias isoladas e rotineiras.

Dessa forma, com maior razão a subsunção da conduta do Réu à figura típica prevista no artigo 136 do Código Penal porque o excesso em suas ações isoladas de repreensão à filha, embora repugnantes, demonstram claramente o abuso nos meios de correção ou de disciplina, mas não se confundem com o crime de tortura, figura típica que requer a presença da vontade deliberada de causar intenso sofrimento à vítima, castigo pessoal ou mesmo uma medida de caráter preventivo. Nenhuma dessas figuras ficou demonstrada com a prova dos autos.

Acesso ao Sumário

É importante ressaltar que a prova oral também favoreceu o Réu, especialmente no tocante à narrativa das testemunhas de Defesa Carlos Donizete (fls.158), Maria José (fls.159) e Jaime (fls.160), afirmando que, após os fatos ora

analisados, o Réu não se envolveu em outro incidente de agressão a sua filha ou a sua esposa, com quem convive atualmente.

O caráter isolado dos fatos também ficou provado pelo ofício expedido pela Conselheira Tutelar Zulmira (fls.188), informando ao Juízo que, em visita domiciliar, foi constatada a regularidade da situação familiar, com a manutenção da integridade física da vítima que se encontrava *"**bem fisicamente, com aspecto saudável e sem sinais de maus-tratos**"*.

A manutenção da condenação, pois, é medida de rigor.

O recurso do Réu é específico para diminuição da pena; contudo, sua apreciação fica prejudicada ante o não provimento do recurso do Ministério Público, porque, como consequência, é de se reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição.

A sentença condenatória foi publicada em 14.05.2010, conforme se vê da data de sua publicação na certidão de fls.201.

A pena privativa de liberdade foi fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) dias de detenção.

Transcorreram, assim, mais de 03 (três) anos entre a prolatação da sentença e esta data.

Desse modo, sabendo-se que o prazo prescricional - contado à metade por ser o Réu menor de idade à época dos fatos - é de 04 (quatro) anos, e nos termos do artigo 109, inciso V, e artigo 115, ambos do Código Penal, é de se declarar extinta a punibilidade pela incidência da prescrição.

Ante o exposto: ***1***. nega-se provimento ao recurso do Ministério Público; ***2***. dá-se por prejudicado o recurso do Réu; ***3***. de ofício, e nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, declara-se extinta a punibilidade do Réu, com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036813-77.2009.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado FELIPE MENEZES DE LIMA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e apelado LUIZ FELIPE TRINDADE LOPES.

ACORDAM, em 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM a matéria preliminar, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo interposto por Felipe Menezes de Lima, com a OBSERVAÇÃO que em seu favor é reconhecida a existência de circunstância atenuante genérica, visto que era ele menor de

21 (vinte e um) anos na data do cometimento do delito, sem modificação das sanções cominadas (Súmula 231 do STJ) e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao reclamo ministerial para, realinhando a fração da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixar a sanção de FELIPE MENEZES DE LIMA e LUIZ FELIPE TRINDADE LOPES em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser iniciada no regime prisional fechado, além do pagamento de 250 (duzentas e cinquenta) diárias mínimas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.086)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico ilícito de substância química destinada à preparação de drogas - Artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 - 1. Recurso defensivo - PRELIMINAR - Cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento de instauração de incidente de dependência químico-toxicológica - Inocorrência - Acusado que alegou judicialmente ser "usuário eventual" de substâncias entorpecentes - Decisão denegatória adequadamente motivada pelo d. Juízo "a quo" - Precedentes - REJEIÇÃO - MÉRITO - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas - Descabimento - Destinação do entorpecente apreendido evidenciada pelos elementos de convicção amealhados aos autos - Condenação mantida - 2. Recurso ministerial - Dosimetria penal - Reconhecimento, sem alteração nas penas (Súmula 231 STJ), de circunstância atenuante genérica em favor do apelante Felipe (ser ele menor de vinte e um anos na data do cometimento do delito) - Concessão da redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas - Manutenção - Recorridos que preenchem os quesitos previstos no bojo do preceito penal - Reconhecimento de maus antecedentes - Impossibilidade - Certidões cartorárias que registram que os crimes ali descritos ocorreram após a prática do delito processado

Acesso ao Sumário

nestes autos - Fração máxima eleita pelo juízo a "quo" - Adequação - Necessidade - Apreensão de 43 (quarenta e três) porções de substância entorpecente conhecida como "loló" (clorofórmio), bem como garrafa contendo 110ml (cento e dez mililitros) deste mesmo estupefaciente, para posterior fracionamento - "Quantum" de minoração ora fixado na metade - Penas fixadas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com o pagamento de 250 (duzentas e cinquenta) diárias mínimas - Afastamento do "sursis" por impeditivo legal, decorrente da sanção carcerária ora cominada - Substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos - Impossibilidade - Medida que não se mostra, "in casu", suficiente - Regime prisional inicial fechado que se mostra adequado no caso em concreto - RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO E PARCIAL ACOLHIMENTO DO RECLAMO MINISTERIAL.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 130/135 - declarada às fls. 143 -, que julgou parcialmente procedente a acusação e condenou Felipe Menezes de Lima e Luiz Felipe Trindade Lopes a cumprirem, em regime prisional inicial aberto, a pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão - suspensa condicionalmente nos termos do artigo 77 do Código Penal -, e a pagarem 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal, como incursos no delito tipificado no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Inconformados, recorre o réu Felipe e a Justiça Pública.

O sentenciado pleiteia, preliminarmente, a anulação do processo por cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de incidente de dependência químico-toxicológica. No mérito, pugna pela desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (fls. 228/241).

De sua parte, a douta representante do *Parquet* postula o afastamento da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 ou, ainda, a minoração do *quantum* fixado; a fixação do regime prisional inicial fechado; o afastamento do *sursis* ou, ainda, a imposição de condições para seu cumprimento (fls. 147/158).

Ofertadas contrarrazões (fls. 178/205, 215/217 e 247/254), a douta

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição da matéria prejudicial e, na questão de fundo, pelo acolhimento do reclamo ministerial e o desprovimento do recurso defensivo (fls. 256/265).

É o relatório.

2. *Ab initio*, destaco que a circunstância de a defesa técnica do apelante Felipe haver ofertado suas razões recursais intempestivamente (fls. 242) não prejudicará a análise do apelo, eis que este foi interposto no prazo legal (fls. 139).

Destaco que é inadmissível ser o acusado prejudicado pela desídia de seu defensor constituído que, apesar de regularmente intimado pela Secretaria desta Corte para a apresentação das razões de recurso nos termos do artigo 600, § 4º, da Lei Adjetiva Penal, não agiu com a diligência que se espera dos causídicos, mormente no âmbito criminal.

No que se refere à matéria prejudicial arguida, preliminarmente, de nulidade não se cogita.

Não obstante tenha o apelante alegado ser usuário de maconha e de "*loló*", é certo que em ambas as oportunidades em que foi inquirido (fls. 18 e 89/90), não apresentou ele indicativo algum de que estivesse com sua capacidade cognitiva comprometida em razão do uso de drogas. Não se deve olvidar que o vício, *de per si*, sem reflexo na saúde mental do agente, não exclui o delito nem a culpabilidade, *ex vi* do disposto no artigo 28, inciso II, do Código Penal.

Registro, pela pertinência, o posicionamento sobre o tema do Pretório Excelso, no sentido de que "*...a perícia é necessária: a) quando houver dúvida a respeito do poder de autodeterminação do acusado; b) quando houver evidência de que a conduta foi realizada em virtude de dependência do uso de substância entorpecente...*" (HC nº 70.268 - 1ª T. - rel. Min. Celso de Mello - *in* DJU de 17-06-1994 - pág. 15708); complementando que "*...o reconhecimento feito pelo próprio acusado de que é viciado não basta para que o Juiz ordene a realização do exame de dependência toxicológica, pois a própria Lei nº 6.368/76 não define em quais hipóteses será obrigatória a perícia, desde que justifique fundamentadamente suas razões...*" (STF, HC 76.581-4- MG, 1ª T., j. 18-08-1998, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 13-11-1998, RT 761/523).

Desse modo, não era mesmo o caso de realização da perícia, eis que segundo se infere dos autos, não há indício algum de dependência toxicológica importante, sobretudo à época dos fatos, não constituindo elemento idôneo autorizador da instauração do incidente o mero fato de o réu se declarar usuário eventual (fls. 90) de substância entorpecente, especialmente à míngua de elementos de prova.

De fato, não havendo indícios de que a alegada dependência tenha influenciado a capacidade do réu, mostrava-se prescindível a realização da

Acesso ao Sumário

excepcional providência.

Aliás, nesse sentido, também se pronunciou, em casos análogos, o Colendo Superior Tribunal de Justiça e este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, como se vê:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Cabe ao condutor do processo, que forma o seu convencimento pela livre apreciação da prova, efetuar o juízo de necessidade da sua produção, evitando aquelas desnecessárias ou que tenham caráter meramente protelatório, não estando obrigado a determinar a realização de todas as provas requeridas pela defesa.

2. Não merece qualquer reparo a decisão do magistrado de primeiro grau que indefere, motivadamente, a realização de exame de dependência toxicológica, sendo certo, ademais, que a simples alegação de que a paciente é usuária em drogas não tem o condão de impor a realização do referido exame.

3. Habeas corpus denegado." (STJ, 6ª. Turma, HC 116513 / MG, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 26.10.2010).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PRELIMINAR - NULIDADE - DEPENDÊNCIA QUÍMICA - EXAME TOXICOLÓGICO - INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A simples declaração do réu de ser dependente de drogas não obriga o juiz do processo a determinar a realização do exame toxicológico, cabendo ao julgador aferir a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção em cada caso concreto, dentro de sua discricionariedade regrada. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Em sede de habeas corpus afigura-se inviável a decretação de nulidade do acórdão por julgamento contrário à prova dos autos, no que toca à desclassificação do delito, eis que para tanto faz-se necessário percuciente reexame do conjunto fático-probatório.

Ordem concedida, em parte, para o efeito de afastar a vedação legal à progressão de regime, possibilitando o exame dos requisitos de concessão do direito, pelo Juízo competente" (STJ, 6ª. Turma, HC 51619 / RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 09.11.2006). (Destaque meu).

"A efetiva necessidade de instauração do incidente decorre da existência de indicativos fáticos a suscitar dúvida acerca da normalidade psíquica do acusado.

Acesso ao Sumário

Deve-se observar que o magistrado não está obrigado a determinar a realização do aludido incidente quando verificar que o acusado não apresenta indícios de ser portador de qualquer moléstia mental, como no caso em apreço. Não houve indicativos de comprometimento e demonstrou-se totalmente articulado e lúcido no ato do interrogatório" (TJSP, 2ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0004680-97.2008.8.26.0438, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 02/05/2011, V.U.)

Observo, outrossim, que tal pleito foi formulado pelos defensores técnicos dos réus na audiência de instrução, debate e julgamento ocorrida aos 30 de junho de 2010, sendo adequadamente rechaçado pelo douto Magistrado exatamente pelo fato de os acusados declararem, durante seus interrogatórios, serem usuários eventuais de substâncias proscritas (fls. 81).

Rejeito, pois, a matéria preliminar.

No mérito, consta dos autos que nas condições de tempo e lugar mencionadas na exordial acusatória, Felipe Menezes de Lima e Luiz Felipe Trindade Lopes, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com o adolescente L.F.S.G., traziam consigo, objetivando a entrega ao consumo de terceiros, 43 (quarenta e três) frascos plásticos contendo clorofórmio, bem como uma garrafa plástica contendo 110ml (cento e dez mililitros) deste mesmo produto químico destinado à preparação de drogas; o que faziam sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: policiais do Grupo de Operações Especiais realizavam patrulhamento no local dos fatos em viatura descaracterizada; divisaram os acusados, juntamente com um adolescente, sendo certo que um dos imputáveis levava uma sacola plástica nas mãos. Por tal, a abordagem foi realizada, sendo que no interior da referida sacola foram localizadas uma garrafa *pet* contendo 110 ml (cento e dez mililitros) de clorofórmio - substância classificada como produto de preparação para drogas pela portaria SVS/MS nº 344/1998 (lista D2) - bem como 24 (vinte e quatro) embalagens plásticas vazias, habitualmente usadas para o acondicionamento da porção individual deste estupefaciente. Em revista pessoal, foram encontradas, ocultadas nos calçados dos corréus, 43 (quarenta e três) porções individuais deste mesmo produto químico. Ao serem indagados, os acusados informaram aos policiais que tal entorpecente era conhecido como "*loló*", sendo que objetivavam comercializá-lo em um baile, pelo valor unitário de R$ 5,00 (cinco) reais.

A materialidade restou comprovada pela portaria de fls. 02/03, boletim de ocorrência (fls. 04/06), auto de exibição e apreensão (fls. 07/08) e, sobretudo, pelo laudo químico-toxicológico (fls.12).

Anoto que a apreensão e propriedade das drogas ***são incontroversas***; no que se refere à sua destinação ao comércio espúrio, tem-se que tal circunstância

Acesso ao Sumário

restou satisfatoriamente evidenciada nos autos.

Prefacialmente, anoto que ambos os acusados restaram silentes em solo inquisitorial (fls. 18 e 22).

Em Juízo, o apelante Felipe (fls. 89/90 e 110) destacou que a substância apreendida seria utilizada no baile para o qual se dirigia com o corréu, sendo certo que não as venderia. Esclareceu que o adolescente desistiu de ir ao evento, sendo que *despejou* as porções por si adquiridas na garrafa plástica. Aduziu, ainda, que juntamente com o codenunciado, adquiriu 40 (quarenta) porções do produto - 20 (vinte) porções cada um -, sendo que gastou a quantia de R$ 100,00 (cem reais). "*Comprei vinte porque é pequeno e evapora rápido...*" (fls. 90). Rechaçou conhecer anteriormente os policiais responsáveis pela ocorrência. Alegou, ainda, ser usuário eventual de maconha e da substância consigo apreendida. Declarou que estava preso em decorrência de processo diverso - no qual foi condenado pelo delito de associação à narcotraficância -, esclarecendo que o feito estava em andamento. Informou que realizava *bicos* com seu padrasto e genitora, auferindo aproximadamente R$ 500,00 (quinhentos reais) mensais. O adolescente L. não possuía ligação alguma com a substância encontrada - disse -, enfatizando que desconhecia a circunstância de ser ele menor de 18 (dezoito) anos.

Ainda tenha se conformado com o decreto condenatório (certidão de trânsito em julgado às fls. 213), anoto que o apelado Luiz Felipe (fls. 86/88) corroborou a versão apresentada pelo corréu ao douto juízo *a quo*, acrescentando que ambos se dirigiam ao baile *fantastic choperia*; frequentavam o local todos os domingos, sempre levando, cada qual, 20 (vinte) porções da substância apreendida para consumo conjunto com demais colegas, sendo que "*divido* [a substância], *mas não cobro nada...*" (fls. 87). Declarou, ainda, que foi "*... condenado uma vez no art. 157 estou cumprindo pena, oito anos de pena...*" (*idem*). Por fim, informou ser consumidor eventual da substância apreendida, bem como de *Cannabis Sativa L.*

A versão apresentada pelo apelante Felipe, no que se refere à destinação da substância apreendida, contudo, não encontrou eco nos demais substratos probatórios - nem mesmo nos informes prestados pelo corréu, o qual destacou que "*eu ia usar os meus frascos e sempre encontro colegas com quem divido, mas não cobro nada.* ***Felipe Meneses também faz isso...***" (fls. 87 - sem destaques no original).

Não se olvide que o § 1º, do artigo 33, da Lei de Drogas prescreve que incorrerá nas mesmas penas previstas no *caput* o agente que "*importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece,* ***fornece****, tem em depósito, transporta,* ***traz consigo*** *ou guarda,* ***ainda que gratuitamente****, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-*

Acesso ao Sumário

prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas...” (grifos meus).

Não bastasse, em depoimentos harmônicos entre si e aos informes prestados em solo inquisitorial (fls. 26 e 27), os policiais do *GOE* Fábio Marcos Galvão (fls. 93/94) e Wagner de Morais Godoy (fls. 91/92) corroboraram a dinâmica dos fatos, esclarecendo que não houve prisão em flagrante delito porquanto a autoridade policial determinou a realização de exame toxicológico na substância apreendida para constatação de sua ilicitude. Confirmaram, outrossim, a confissão informal de um dos acusados.

Neste ponto, destaco que inexiste qualquer fato que ponha em suspeição os depoimentos prestados pelos policiais civis, os quais prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, *a priori*, motivo algum para sordidamente incriminarem os acusados.

Não se deve olvidar que os depoimentos dos agentes públicos valem como prova pois, no exercício de suas funções, gozam de presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso “*A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*” (STF, RTJ 68/54).

A propósito, vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: *(...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte* (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.05.11, DJ 01.06.11).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais já se posicionou a jurisprudência, *in verbis*:

> *“PROVA CRIMINAL - Depoimento de policial responsável pela prisão - Admissibilidade - Ânimo inexistente de incriminar o réu - Credibilidade do relato - Ausência de razão concreta para suspeição - Recurso não provido. Os funcionários da Polícia merecem nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição.”* (Apelação Criminal n. 168.650-3 - Matão - Relator: Jarbas Mazzoni - CCRIM 1 - V.U. - 06.03.95).
>
> *“Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente”.* (TJSP,

Acesso ao Sumário

6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 0355425-27.2009.8.26.0000, Rel. Desembargador Marco Antonio Marques da Silva).

Enfatizo, também, que não se produziu qualquer prova da suspeição ou impedimento dos agentes públicos, apesar de tida a oportunidade para tanto, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Desse modo, a versão apresentada pelo apelante Felipe, no que se refere à destinação do clorofórmio, mostrou-se inverossímil.

Não se olvide que o parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal[1], adotando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto na Constituição Federal[2], determina que o ***silêncio*** do acusado não poderá ser considerado em seu desfavor em processo criminal; todavia, ***as inverdades*** por ele proferidas em interrogatório judicial constituem-se em ***mais um*** elemento a ser considerado pelo Magistrado no momento da formação de sua convicção.

Nesse sentido, ponderou o Eminente Desembargador José Raul Gavião de Almeida que "*...se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária ao convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inexatidão podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade...*" (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 990.10.390742-6, Voto nº 10.943).

Destarte, em razão das circunstâncias fáticas da prisão; da incontroversa apreensão da substância proscrita; de sua expressiva quantidade; de sua forma de acondicionamento; da apreensão de 24 (vinte e quatro) embalagens plásticas vazias; dos informes judiciais prestados pelo corréu; circunstâncias conjugadas, ainda, aos relatos coesos dos policiais civis durante a persecução criminal, restou nitidamente evidenciada a apreensão dos narcóticos tal como descrita na exordial acusatória, bem como sua destinação mercantilista, sendo os elementos probatórios existentes nos autos aptos a sustentar, com percuciência, o édito condenatório por tráfico ilícito de drogas prolatado em desfavor do acusado Felipe, não havendo falar-se em desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Oportuno realçar que a condição de usuário não afasta, necessariamente,

Acesso ao Sumário

1 Artigo 186, CPP*: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.*
"Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

2 *In verbis:* Artigo 5º, inciso LXIII*: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".*

a de traficante, pois, como é sabido, na maioria das vezes, os usuários se valem do comércio ilícito de entorpecentes para sustentar o próprio vício, de modo que uma conduta não exclui a outra.

Conforme entendimento consolidado desta Egrégia Corte, "*...para configuração do crime de tráfico imputado ao réu, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a* ***traditio****, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512), salientando que eventual condição de usuário por si só não afasta a de traficante...*" (Apelação Criminal nº 990.09.083925-2, Relator Marco Antonio Marques da Silva).

No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> *"A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu"* (STF - 1ª T. - HC n. 74.420-6/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.12.96, p. 51.768).

Não se olvide que "*A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, normalmente, é suficiente para configurar o injusto previsto no art. 12 da Lei de Drogas, somente afastado quando o elemento 'para exclusivo uso próprio' encontra relevante respaldo na prova dos autos. O tipo previsto no art. 12 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o tipo subjetivo no dolo*". (STJ - REsp 347.909/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJ 04/03/2002, p. 290).

A condenação do recorrente Felipe pelo delito previsto no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 foi, pois, correta resposta às provas dos autos.

No que se refere à dosimetria penal, anoto que as basilares foram fixadas na minimidade, restando inalteradas, na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, foram as sanções reduzidas de 2/3 (dois terços) - totalizando 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão - suspensa nos termos do artigo 77 do Código Penal -, com o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, em razão da concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Anoto que era mesmo o caso de concessão da redutora, porquanto as certidões judiciais acostadas nos autos - Luiz Felipe (fls. 115) e Felipe (fls. 118) - não são aptas à caracterização de antecedentes desabonadores, eis que as condenações recorríveis naqueles documentos registradas são originárias de ***fatos ocorridos após o cometimento do delito processado no presente feito***.

Não se olvide que "*Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado,* ***ou mesmo condenações transitadas em julgado por***

Acesso ao Sumário

***fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes**, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ...*" (STJ - AgRg no AREsp 220.180/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013 - sem destaques no original).

Todavia, a fração utilizada pelo douto juízo *a quo* há de ser realinhada, porquanto a quantidade localizada de clorofórmio - 43 (quarenta e três) porções prontas para o repasse no varejo (contendo cada uma aproximadamente cinco mililitros[3]), bem como 110ml (cento e dez mililitros) a ser subdivididos - os quais perfariam, considerando-se as demais porções localizadas, outras 22 (vinte e duas) porções - e considerando-se, ainda, que tal estupefaciente seria distribuído em baile, são circunstâncias que indicam que a minoração das penas na metade atende ao princípio da individualização da pena.

Desse modo, readéquo a fração de minoração, fixando-a na metade, com corolária elevação das penas dos acusados para 02 (dois) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, com o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Demais disso, ainda não tenha influência nas sanções cominadas - porquanto as basilares foram fixadas no piso (Súmula 231 do STJ) - reconheço a existência de circunstância atenuante em favor do apelante Felipe, visto que era ele menor de 21 (vinte e um) anos na data do cometimento do delito.

Ante o *quantum* de sanção carcerária ora fixado, de rigor o afastamento do *sursis*, por impeditivo legal (art. 77 do CP).

Não se verifica o preenchimento dos quesitos subjetivos para a concessão do benefício previsto no artigo 44 do Código Penal.

Com efeito, não se olvide que se trata do cometimento do delito de tráfico ilícito de produtos destinados à preparação de drogas, o qual denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

Desse modo, o Magistrado, ao aferir os requisitos legais para a concessão da benesse, não deve adotar uma postura contrafática, devendo lançar mão do conhecimento técnico, da experiência e de sua sensibilidade humana, pois, como ressaltou o eminente jurista Carlos Maximiliano: "(...) *Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual*

Acesso ao Sumário

3 Segundo laudo de exame químico toxicológico acostado às fls. 12.

e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (...)" (*in* "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 60).

De rigor realçar que o apelante praticou delito equiparado a hediondo, cuja perniciosidade, a manifesta reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII).

Demais disso, a quantidade de drogas apreendidas, bem como o local em que seriam distribuídas, não indicam "*que essa substituição seja suficiente*" (art. 44, inc. III, do CP).

Pelas mesmas razões supra, a fixação do regime prisional mais gravoso era mesmo a mais adequada. Confira-se:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *"O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.*
>
> *"O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.*
>
> *"A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006,*

Acesso ao Sumário

quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

"No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papelotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

"Habeas corpus não conhecido." (STJ - HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013 - sem destaques no original).

3. Ante o exposto, **REJEITO** a matéria preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo interposto por Felipe Menezes de Lima, com a **OBSERVAÇÃO** que em seu favor é reconhecida a existência de circunstância atenuante genérica, visto que era ele menor de 21 (vinte e um) anos na data do cometimento do delito, sem modificação das sanções cominadas (Súmula 231 do STJ) e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reclamo ministerial para, realinhando a fração da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixar a sanção de FELIPE MENEZES DE LIMA e LUIZ FELIPE TRINDADE LOPES em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser iniciada no regime prisional fechado, além do pagamento de 250 (duzentas e cinquenta) diárias mínimas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000769-78.2012.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante JOÃO PAULO RODRIGUES ALVES VITAL DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão "Deram parcial provimento ao apelo defensivo para reconhecer a forma tentada de um dos crimes de lesão corporal dolosa e, em consequência, reduzir a pena relativa a este delito para um mês e dez dias de detenção, mantida, no mais, a r. sentença combatida, também por seus fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 28.000)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 129, § 9º, POR DUAS VEZES, E ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA EM RELAÇÃO A UM DOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL DOLOSA. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA RECONHECER A TENTATIVA EM RELAÇÃO A UM DOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL, COM REDUÇÃO DA PENA.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 143/146, prolatada pela MMª. Juíza de Direito, Dra. FERNANDA YUMI FURUKAWA HATA, acrescento que JOÃO PAULO RODRIGUES ALVES VITAL DA SILVA foi condenado a oito meses de detenção, como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, substituídos por prestação de serviços à comunidade, mais um mês e quinze dias de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 147 do mesmo *Codex.*

Inconformado, apela o réu em busca da "absolvição sumária" (fls. 165/167).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 169/171), subiram os autos a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo (fls. 183/186).

É o relatório.

JOÃO PAULO foi condenado porque, no dia, hora e local indicados na denúncia, teve uma discussão com a vítima *MICHELI APARECIDA IZIDORO*, com quem é amasiado há dez anos, razão pela qual pegou uma faca, ferindo-a no meio da briga.

No mesmo dia, no interior das dependências da Delegacia, tentou novamente esganar sua companheira.

Pois bem.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 02), Boletim de Ocorrência (fls. 13/15), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 16), Laudos de Exame do Instrumento do Crime (fls. 72/74),

Acesso ao Sumário

Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 102/103), tudo em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Da mesma forma, a autoria é inconteste.

Na Polícia, o apelante disse que foi a vítima quem investiu contra ele que empunhava uma faca e ela acabou se ferindo. Encaminhado à Delegacia de Polícia, confirmou ter investido contra a ofendida e a esganado, sendo contido pelos policiais (fls. 09).

Em Juízo, o apelante esclareceu que a vítima estava na escada, um degrau acima, enquanto ele estava abaixo, com uma faca na mão, oportunidade em que ela escorregou e se feriu na perna. Já na unidade policial, disse que só pegou no rosto dela.

Todavia, a narrativa não encontra amparo na prova amealhada aos autos; ao contrário, é por ela infirmada.

MICHELE APARECIDA esclareceu que discutia com o réu, pois não queria que ele fosse a uma festa, momento em que ele foi até a cozinha e pegou uma faca, oportunidade em que acabou se ferindo na perna. Na Delegacia o apelante ficou mais nervoso, pegou no seu rosto e disse para sumir da vida dele. Negou ter sofrido ameaças.

RONALDO APARECIDA esclareceu ter atendido à ocorrência e, ao chegar ao local, a vítima se apresentava machucada na perna e nas mãos e relatou que o réu estava alterado e partiu para cima dela. Na oportunidade, o apelante confessou informalmente os fatos e já na Delegacia voltou a se alterar e tentou esganar a vítima, dizendo que iria matá-la.

MARCO ALVES apresentou narrativa semelhante à do colega e reiterou ter presenciado o réu esganar e ameaçar a vítima nas dependências da unidade policial, oportunidade em que foi contido.

No mesmo sentido foram as palavras de CLÓVIS PINA.

As palavras dos policiais são válidas a ensejar condenação criminal, excetuando-se as hipóteses em que sejam infirmadas pelo restante das provas, o que, a toda evidência, não é o caso destes autos.

Não é crível que as testemunhas armariam uma situação para incriminar o apelante de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Nesse diapasão é o entendimento desta C. Câmara:

> *"(...) Ora, não há razão para se duvidar da veracidade do relato do policial, que merece fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção juris tantum de que agiu escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Vale observar, ainda, por relevante, que a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais devem merecer*

credibilidade desde que não evidenciada má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto assim que nada se comprovou a respeito". (Apelação nº 0014933-92.2010.8.26.0077, Relator: SÉRGIO COELHO, Comarca: Birigui, data do julgamento: 06.06.2013)

"(...) Trata-se, pois, de depoimentos coerentes, harmônicos e verossimilhantes, que não demonstraram o propósito de querer enganar. Como seu valor não se põe em dúvida, eles podem ser considerados fonte de convicção. Observe-se, por oportuno, que os depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não podem ser desprezados somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública". (Apelação nº 0098442-65.2011.8.26.0050, Relator: PENTEADO NAVARRO, Comarca: São Paulo, data do julgamento: 06.06.2013)

Destarte, em que pese os esforços desenvolvidos pela combativa Defesa, o convencimento firmado a partir das provas é no sentido de que o recorrente praticou o delito, conforme narrativa acusatória. Os elementos probatórios trazidos aos autos são mais que suficientes para incutir no julgador o juízo de certeza necessário à condenação.

Ademais, as lesões corporais sofridas por *CRISTIANE* são compatíveis com a narrativa acusatória.

Ao contrário do alegado pela D. Defesa, comprovou-se pela materialidade e pelas provas oral e pericial que se formaram nos autos que os fatos se deram tal como expostos na denúncia.

Todavia, assiste razão a D. Procuradoria Geral de Justiça ao pleitear o reconhecimento da forma tentada em relação a um dos crimes de lesão corporal, aquele ocorrido nas dependências da unidade policial, uma vez que ao investir contra a vítima o réu foi imediatamente contido pelos policiais que ali estavam, não tendo consumado o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Resta a análise das penas, sendo alterada tão somente aquela relativa ao crime de lesão corporal, cuja tentativa ora é reconhecida, com a incidência da redução máxima de dois terços, para torná-la definitiva em um mês e dez dias de detenção. Assim, somada à pena da lesão corporal consumada, fica definitiva em cinco meses e dez dias de detenção.

O regime aberto foi aplicado de forma correta e bem fundamentada. Não há reparo a ser feito.

Posto isso, dou parcial provimento ao apelo defensivo para reconhecer a forma tentada de um dos crimes de lesão corporal dolosa e, em consequência, reduzir a pena relativa a este delito para um mês e dez dias de detenção, mantida, no mais, a r. sentença combatida, também por seus fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 3000738-73.2013.8.26.0262, da Comarca de Itapeva, em que é apelante EDENILSON CÉLIO DE ALMEIDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do réu Edenilson Célio de Almeida, em parte, a fim de substituir a sua pena privativa de liberdade, por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, bem como reduzir o prazo da suspensão para dirigir veículo automotor para dois (2) meses e dez (10) dias. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY E ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

PENTEADO NAVARRO, Relator

Ementa: Condenação pela prática do crime de dirigir embriagado (CTB, art. 306, com a redação dada pela Lei nº 12.760/2012). Condução de automotor com a capacidade psicomotora alterada, por ingestão de álcool. Recusa do condutor em assoprar o etilômetro. Materialidade do delito comprovada pelas: a) apreensão do veículo, em cujo interior havia doze garrafas vazias de cerveja; b) pelos depoimentos de policiais militares, os quais descrevem a aparência, atitude, elocução, andar e coordenação do condutor. Crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado, bastando a comprovação de que o motorista embriagado estava com a sua capacidade psicomotora reduzida. Possibilidade de se verificar tal condição por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a testemunhal (art. 306, § 2º). Aplicação do princípio da liberdade probatória. Pena corporal e de multa fixadas dentro das margens legais. Redução do prazo de suspensão para dirigir veículo. Tal período deve ser fixado segundo o critério usado para a aplicação da pena privativa de liberdade. Substituição da pena carcerária por restritiva de direito, consistente em

Acesso ao Sumário

prestação de serviços à comunidade, nada obstante a reincidência do condenado. Medida socialmente recomendável. Manutenção do regime semiaberto para início da pena corporal. Recurso ao qual se dá provimento parcial.

VOTO

Vistos estes autos nº 3000738-73.2013.8.26.0262 de ação penal, originários do Foro Distrital de Itaberá da Comarca de Itapeva, em que Edenilson Célio de Almeida restou condenado, por incurso nas sanções do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, impondo-se-lhe sete meses de detenção, com início em regime semiaberto, bem como onze dias-multa, com a unidade no valor mínimo; suspensa, ainda, a habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de dois anos (fls. 96/101).

Inconformado com tal **decisum**, o réu apela (fls. 102), com o objetivo de buscar a sua absolvição, sob o fundamento de insuficiência de prova para o veredicto condenatório. Por meio de pedido subsidiário, pretende a aplicação das sanções no mínimo legal e a substituição da carcerária, por restritiva de direitos. Expõe, ainda, que inexiste nos autos a prova de estar conduzindo o seu veículo com a capacidade psicomotora alterada, pela influência de haver ingerido bebida alcoólica (fls. 108/113).

Em contrarrazões, o órgão da acusação penal reitera os argumentos expendidos anteriormente, conforme autorizado pelo art. 2º do Ato Normativo nº 536/08 da PGJ/CGMP, pugnando pela manutenção da sentença recorrida, visto que procede a acusação acolhida pelo juiz singular, tendo sido a pena estabelecida no mínimo legal (fls. 117/120).

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento parcial do recurso interposto, a fim de que seja substituída a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, e reduzido, para um ano, o prazo de suspensão da carteira de habilitação, em vista das considerações de fato e de direito feitas sobre a espécie em exame (fls. 124/126).

Esse o relatório, em acréscimo ao da sentença (fls. 96/97).

Conforme a imputação posta na denúncia, resumidamente, por volta das 17h20min de 30/06/2013, na Rua São Pedro, Município de Itaberá, o réu apelante Edenilson Célio de Almeida conduziu o veículo Volkswagen Saveiro, placa BMT-8079, com a capacidade psicomotora alterada, pela influência de álcool. Ainda expõe a inicial que, no dia mencionado, o condutor acusado bebeu três garrafas de cerveja, quando se encontrava num rancho no Rio Pirituba e, ao depois, dirigiu a sua caminhonete na via pública, em visível estado de embriaguez ao volante. Policiais militares, então, receberam informação de

Acesso ao Sumário

que o motorista Edenilson Célio estava dirigindo embriagado a sua picape. Em seguida, avistaram-no, ainda trafegando, sem manter-se na direção a ser seguida, vindo a subir numa calçada, até encostar a perua numa parede. Deram conta, assim, de que a capacidade psicomotora do chofer estava reduzida, pelo seu etilismo acentuado. Ao se aproximarem dele, os milicianos notaram que tal piloto se apresentava com os olhos avermelhados, voz pastosa, hálito com odor etílico, agressividade e dificuldade para caminhar. Na ocasião, o motorista Edenilson Célio admitiu-lhes haver bebido somente três cervejas, mas recusou a se submeter ao exame de ebriedade, pelo etilômetro (fls. 1d/2d).

Cumpre assinalar, desde logo, que esta ação penal é pública incondicionada (ver STF, 1ª T., HC 82.517/CE, relª Minª Ellen Gracie, RTJ, 186/287).

A materialidade do fato criminoso pode ser verificada pelos autos de exibição e apreensão da caminhonete guiada pelo réu contendo, no seu interior, doze garrafas de cerveja vazias e uma cheia (fls. 14/17), bem como pela prova oral coligida nos autos.

Incontroverso também o crime e sua autoria, no que toca ao réu apelante Edenilson Célio de Almeida.

Na fase inquisitiva, o acusado Edenilson Célio admitiu haver bebido de três garrafas de cerveja, antes de conduzir o veículo pela via pública. Confirmou, ainda, que foram encontradas, dentro da sua caminhonete, diversas garrafas vazias da referida bebida (fls. 8). Em juízo, alterou a versão anterior, sem explicar porque o fez, dizendo haver consumido só três latinhas de cerveja, negando, porém, que foi detido enquanto pilotava a picape aludida, porque se encontrava fora dela ao ser interceptado pelos policiais militares (fls. 93 e 95 - mídia).

Observe-se, por oportuno, que o réu sempre admitiu haver consumido bebida alcoólica, antes de dirigir a sua caminhonete, onde havia doze garrafas vazias de cerveja (= fermentação com 3,5 a 6% de álcool). Mas, tentando afastar a sua culpabilidade, asseverou que os milicianos o encontraram fora dessa perua, pois a mesma estava quebrada (= não trafegava). Argumentou, também, que a ingestão das cervejas tinha ocorrido só na parte da manhã, daquele dia, antes de conduzir o seu automotor utilitário. Além do mais, havia "dormido a tarde inteira", justificando, pois, o vermelho dos seus olhos.

Vale dizer, com tal afirmação, o réu apelante deu a entender que não estava com a sua capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool. Porém, contrariando a sua afirmação, recusou-se, sintomaticamente, a fazer o teste de alcoolemia (por meio do bafômetro ou etilômetro).

Sucede, porém, que tal versão do motorista acusado, sobre o etilismo suportável, não encontra respaldo no seu cotejo com os demais elementos de convicção do processo **sub judice.**

Acesso ao Sumário

Com efeito, o policial militar Rafael Júlio Brisola Mendes Martins relatou haver recebido informação dando conta de que o réu apelante conduzia a sua caminhonete em estado de ebriedade. Chegando ao local indicado, deparou-se com a perua Saveiro do acusado, parada em cima da calçada e, ao sair dela, o condutor Edenilson Célio se encontrava bêbado, porque apresentava olhos avermelhados, agressividade e falta de coordenação motora; além de exalar forte odor etílico. Indagado sobre tal situação fática, o condutor acusado confirmou que havia ingerido bebida alcoólica, além de se encontrar, na sua picape Volkswagen Saveiro, várias garrafas vazias de cerveja. Tal condutor, porém, recusou-se a fazer o teste do etilômetro, que lhe foi solicitado (fls. 90 e 95 - mídia).

Corroboram com o depoimento acima, os esclarecimentos prestados pelo outro miliciano, que também participou da diligência. Nilson de Oliveira Ferreira informou que, nada obstante estar com dificuldade para descrever o fato criminoso de forma exata, lembrou-se de que o motorista do veículo utilitário estava com a voz pastosa, dificuldade para andar e, ainda, exaltou-se com ação deles policiais no local da ocorrência (fls. 89 e 95 - mídia).

Como se verifica, pelo exame dos elementos de prova oral, ao ser surpreendido pelos milicianos, em diligência, o réu condutor Edenilson Célio não havia conseguido manter-se na pista de rolamento, ou seja, o veículo no seu curso normal, subindo na calçada da via pública (= não operava os comandos corretamente). A conduta do chofer acusado, pois, demonstrava que ele não tinha o domínio da direção da sua picape (= estava com a percepção comprometida, desorientado ou sem reflexos). Esse motorista também apresentava olhos vermelhos (= transtorno no globo ocular) e hálito (= odor) alcoólico. A sua atitude, ao ver os milicianos no local, foi agressiva, denotando estar exaltado com a presença desses agentes da autoridade (= falta de serenidade). Faltava-lhe a coordenação motora (= autocontrole), a qual altera o equilíbrio e, ademais, acarreta confusão no comando do veículo que se está a conduzir (= falta de habilidade para conduzir e diminuição da atenção). O caminhar desse chofer acusado (com dificuldade e sem orientação), também demonstrava a perturbação psicomotora, que também é sinal de embriaguez (=concentração alcoólica sanguínea em alto teor). As dificuldades na articulação ou na elocução, pelo réu motorista, verificadas pela sua voz pastosa, resultavam da sua ebriedade. Inegável, portanto, o estado de etílico do condutor acusado, o qual até mesmo trazia no seu veículo doze garrafas vazias de cerveja, que pode ter ingerido. A interpretação decorrente do conjunto dos sinais (= sintomatologia) não pode ser diversa: houve pilotagem em alto estado de ebriedade.

A propósito, no indivíduo vivo, o diagnóstico da embriaguez alcoólica pode ser feito também pela observação comum, que decorre dos depoimentos das testemunhas oculares (RJDTACrim, 14/67; LexJTJ, 42/78; RT, 575/396 e

Acesso ao Sumário

814/686).

Destarte, ao contrário do sustentado pela combativa defesa, o motorista apelante Edenilson Célio de Almeida se encontrava embriagado (= privado de autocontrole, sem entendimento e atenção diminuída), quando da sua interceptação pelos policiais militares aludidos. Realmente, o chofer acusado apresentava os principais sintomas de embriaguez ao volante (= desvalor da conduta do agente), verificados pelas narrativas dos milicianos.

Importa destacar, por oportuno, que os depoimentos das testemunhas, ambas integrantes da Polícia Militar paulista, são coerentes, harmônicos e verossimilhantes, que não demonstram o propósito de querer enganar nem dão motivo de suspeição. Como o seu valor não se põe em dúvida, eles podem ser considerados fonte de convicção para este julgamento (ver CF, art. 93, IX; CPP, art. 155, **caput**; RTJ, 143/160 e 201/637; RSTJ, 200/101, 204/122, 204/145 e 217/62).

Por sua parte, a defesa técnica não conseguiu produzir qualquer prova apta a elidir a responsabilidade do réu apelante (= prova indireta, contraprova ou prova **ex adverso**), uma vez que as testemunhas, arroladas pela defesa, nada esclareceram sobre o ocorrido, limitando-se a mencionar que não tiveram contato direto com o motorista Edenilson Célio, porquanto chegaram ao local do fato objeto da ação penal quando ele já havia sido detido pelos policiais militares (fls. 91/92 e 95 - mídia).

Não é demais lembrar que, nos termos do art. 306, § 1º, inc. II, da Lei nº 9.503/1997, as condutas previstas no **caput** do tipo penal também podem ser verificadas por sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, a alteração da capacidade psicomotora.

Isso não significa, todavia, que se está diante de uma norma penal em branco, porquanto o complemento a que faz menção o aludido dispositivo tem por escopo, apenas, acrescentar outros meios para a verificação da embriaguez do agente, ou motorista do veículo automotor.

Tal assertiva pode ser deduzida pela leitura, em conjunto, do § 2º do citado dispositivo legal, estabelecendo que a verificação do disposto nesse artigo poderá vir do teste de alcoolemia, do exame clínico, da perícia, do vídeo, da prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Destarte, o legislador deixou evidente que a comprovação da redução da capacidade psicomotora do motorista acusado poderá ser obtida mediante todos os meios de prova em direito admitidos, até pelo depoimento de testemunha ocular, ampliando, assim, as formas de verificação, para que outros sinais possam também servir de elementos de prova para apurar a alteração da capacidade psicomotora do condutor acusado, além dos exames clínicos, periciais, etc.

Acesso ao Sumário

Sob outro aspecto, entendo que a Resolução nº 432 do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN deve ser observada tão somente pelas autoridades de trânsito e seus agentes, quando da fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, posto que estabelecidos os procedimentos a serem adotados por aquelas autoridades e seus agentes. Vale dizer, o aludido ato normativo tem como destinatários apenas os agentes de trânsito, os quais se utilizam do mesmo para definirem os procedimentos a serem adotados durante a fiscalização.

Demais disso, cuida-se de um crime em que os meios de prova estão disciplinados tanto na Lei nº 12.760/2012 como no Código de Processo Penal. Tal prova, portanto, deve ser prevista na legislação federal, consoante o art. 22, inc. I, da Constituição da República, que trata da competência legislativa privativa da União.

Em resumo, o CONTRAN não tem competência para emitir normas sobre questões processuais, sendo perfeitamente válidos os depoimentos das testemunhas policiais, a fim de se aferir a capacidade psicomotora do agente acusado, ao dirigir seu veículo automotor, depois da ingestão de bebida alcoólica que ele admitiu, negando apenas a ebriedade enquanto trafegava.

Além do mais, o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação estabelecida pela Lei nº 12.760/2012, continua sendo de perigo abstrato da conduta, não se exigindo prova da situação potencial de dano. O perigo abstrato é o suficiente para caracterizar o ilícito penal em exame.

Seguem essa diretriz os julgados desta Corte Estadual (cf., p. ex., TJ-SP, 4ª Câmara, Apelação nº 0012833-25.2010.8.26.0576, rel. Des. Maurício Valala, j. em 05/12/13; TJ-SP, 10ª Câmara, Apelação nº 0008538-44.2013.8.26.0024, rel. Des. Fábio Gouvêa, j. em 27/01/14).

Em síntese: pelo novo texto do art. 306 do CTB, dado pela Lei nº 12.760/2012, não mais se exige a demonstração do grau de concentração alcoólica no sangue do motorista, mas, somente, a alteração da capacidade psicomotora pela influência de álcool ou outra substância psicomotiva, verificada "mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova". Aplica-se à hipótese, portanto, o princípio da liberdade probatória (CTB, arts. 306, § 2º, e 291, **caput**, c/c CPP, arts. 155, **caput**, e 239). Daí segue a conclusão de que o etilismo aceitável, para o motorista ao volante, foi ampliado, com maior rigor. E mais, os sintomas de embriaguez desse condutor podem ser demonstrados por todos os meios de prova em direito admitidos (= princípio da liberdade probatória), inclusive os inominados ou atípicos, excetuando-se os ilegítimos e os ilícitos (CPP, art. 157, **caput**; CF, art. 5º, LVI). Por igual, é o entendimento

Acesso ao Sumário

da jurisprudência, mediante interpretação **a contrario sensu** (cf. STJ, 6ª T., HC 246.553/MT, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe, 17/10/2013).

Concluindo, o conjunto probatório dos autos da ação penal é suficiente para dar credibilidade à acusação contida na denúncia, pela sua persuasão racional.

Ao seu tempo, o cálculo das reprimendas não merece reparo, pois, mantidas as penas-base no mínimo legal, o juiz singular realizou um acréscimo de um sexto (+1/6) pela reincidência do apelante (ver fls. 55/57), totalizando sete meses de detenção e onze dias-multa, com a unidade no mínimo.

Convém anotar que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, sendo correto o acréscimo efetivado na primeira fase da dosimetria (art. 67 do CP).

Veste como luva para o caso, julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual restou esclarecido que: "I - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal, a reincidência é causa que prepondera sobre a confissão, devendo, no momento da escolha da resposta penal, receber maior valoração, ou seja, a pena-base deve ser agravada em maior proporção do que atenuada" (v. LexSTJ, 196/182 e 197/327; LexJTJ, 181/280).

Sem dissensão, há outro aresto afirmando que "Não é a confissão, *simpliciter*, que atenua a pena, mas a confissão espontânea. Além disso, não cabe neutralizar a agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, porque isso implicaria negar vigência à norma inscrita no art. 67, CP. Precedentes cônsonos do STJ" (ver RJDTACrim, 53/66).

Cabe observar, a propósito, que, por ser incompleta (= parcial), nem mesmo seria o caso de ser reconhecida a referida atenuante. Ou seja, apesar de admitir a ingestão de bebida alcoólica (3 latinhas de cerveja) antes de dirigir, o réu condutor Edenilson Célio tentou elidir a sua responsabilidade criminal, dizendo que não estava com a sua capacidade psicomotora alterada ou reduzida. Porém, mesmo negando tal embriaguez, recusou-se a fazer o teste com o etilômetro.

Acesso ao Sumário

Deveras, na lição do festejado Júlio Fabbrini Mirabete, "A pena é atenuada quando o agente confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. Beneficia-se o autor do ilícito como estímulo à verdade processual, não se exigindo, como na lei anterior, que o ilícito seja de autoria ignorada ou imputada a outrem. Não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante: exige a lei que seja ela espontânea, de iniciativa do autor do crime, que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento" (Código Penal Interpretado, 7ª ed., Atlas, 2011, nº 65. 7, pág. 353, grifei). Dessa exegese não foge a jurisprudência majoritária

(cf., p. ex., STF, 2ª T., HC 77.134, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 16/10/98, pág. 7; RTJ, 83/322, 123/524 e 158/890; LexSTF, 223/284; RSTJ, 83/322 e 117/497; LexSTJ, 186/105; RJTACrim, 30/77, 31/84 e 33/56; RT, 608/301, 677/382, 724/655, 733/646, 764/533, 782/641 e 812/632).

Nada obstante o condenado ser reincidente, entendo cabível a substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, nos termos do art. 44, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por sua vez, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, prevista, cumulativamente, com a privativa de liberdade e multa, deve guardar proporcionalidade com a primeira (carcerária), seguindo os mesmos critérios para a fixação do prazo (confira-se, por exemplo, TJ-SP, 9ª Câmara da Seção Criminal, Apelação nº 0001006-08.2005.8.26.0280, rel. Des. Otávio Henrique, j. de 21/06/12; RT, 781/604 e 814/686).

Em consequência, nos termos do **caput** do art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro, diminuo o tempo de suspensão da habilitação do réu apelante para dois (2) meses e dez (10) dias, considerada a agravante anotada (reincidência). Durante o lapso da suspensão para dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação do motorista condenado ficará depositada, no cartório judicial do processo de conhecimento, nos termos do § 1º do art. 293, para que não seja violada a proibição prevista no art. 307, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

No mais, fica mantido o regime intermediário, porquanto, tratando-se de condenado reincidente, qualquer que seja a pena de detenção imposta, deve ser ela iniciada no semiaberto (v. STJ, 5ª T., HC 196.844/DF, relª. Minª. Laurita Vaz, DJe, 26/03/2013; STJ, 5ª T., HC 56.150/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJU, 09/10/2006, pág. 324; STJ, 5ª T., HC 27.713/SP, rel. Min. Felix Fischer, **in** RT, 826/544; RT, 735/591, 781/599, 783/625 e 794/633; RJTJESP, 110/521, 123/460 e 140/481; LexJTJ, 163/128 e 236/298; RJDTACrim, 2/113 e 21/286; JTACrim, 98/212).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de Edenilson Célio de Almeida, em parte, a fim de substituir a sua pena privativa de liberdade, por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, a critério do juiz da execução, bem como reduzir o prazo da suspensão para dirigir veículo automotor, para dois (2) meses e dez (10) dias, procedendo-se na forma do § 1º do art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0044703-

54.2011.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante LUIZINHO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 3731)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

IVANA DAVID, Relatora

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - IMPOSSIBILIDADE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS - DESCABIMENTO - REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 OPERADA EM PATAMAR INTERMEDIÁRIO, ADEQUADO À QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES - PENA E REGIME CORRETAMENTE FIXADOS - SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR PENA RESTRITIVAS DE DIREITOS INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO - GRAVIDADE DO CRIME QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO - ENTENDIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 63/66, prolatada pelo MM. Juiz Caio Cesar Melluso, cujo relatório se adota, **LUIZINHO PEREIRA DA SILVA JUNIOR** restou condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformada, recorreu a Defensoria Pública em busca da desclassificação da conduta para a de uso de entorpecentes, com a consequente absolvição em decorrência da alegada inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Subsidiariamente, pretende a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da mesma lei no seu patamar máximo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito e fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento em parte do recurso.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

O apelante foi acusado da prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06 porque, segundo a denúncia, na data dos fatos, após adquirir de pessoa não identificada, trazia consigo e guardava, com intuito de fornecer ou entregar a consumo, ainda que gratuitamente, as substâncias apreendidas.

Consoante consta da acusação, o ora apelante teria sido abordado por policiais que, em patrulhamento de rotina, viram um ciclista e acharam suspeita sua atitude, que ao avistá-los, jogou um pacotinho na calçada e saiu do local. Em seu poder encontraram quatro tabletes de maconha, além de R$ 115,15 (cento e quinze reais e quinze centavos). No pacotinho desprezado na calçada havia dezessete pedras de cocaína em forma de "crack".

Nenhum reparo merece a sentença recorrida, uma vez que a condenação do acusado foi bem decretada e está fundamentada em prova firme e suficiente.

A materialidade restou plenamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 11/12, laudo de constatação preliminar de fls. 20 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 43/45, atestando tratar-se o material apreendido de 4,460g (quatro gramas e quatrocentos e sessenta miligramas) de maconha, em quatro porções e de 4,4g (quatro gramas e quatrocentos miligramas) de cocaína na forma de "crack", divididas em dezessete embalagens plásticas.

Importa consignar que não se exige qualquer ato de tráfico para configuração do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aqueles de adquirir, trazer consigo e guardar a substância entorpecente.

Essencial ressaltar aqui ser inexigível até mesmo a *traditio* para a consumação do delito.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais:

"Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do

Acesso ao Sumário

agente." (RT 584/347).

A autoria também é inconteste.

O apelante admitiu a posse da maconha na fase policial (fls. 06) e também em juízo (fls. 67/67v), afirmando ser dependente e portanto a droga seria destinada exclusivamente ao seu próprio consumo, negando estivesse portando a droga que teria sido encontrada no chão.

A negativa do tráfico, no entanto, encontra-se totalmente divorciada da prova carreada aos autos.

Ocorre que a razoável quantidade de entorpecente encontrada, a variedade e forma como estava acondicionada - dividida em pequenas porções -, vem ao encontro da tese ofertada na denúncia, de que a droga era destinada a entrega e consumo de terceiros.

As declarações prestadas pelos policiais que participaram da diligência são suficientemente detalhadas ao descreverem as circunstâncias que cercaram a prisão do agente e a apreensão dos entorpecentes com Luisinho e também no pacote que o viram jogando na calçada, não havendo como desvinculá-lo da autoria do delito.

Octávio Custódio da Silva (fls. 68), policial militar, confirmou as declarações prestadas em inquérito, afirmando que estava em patrulhamento no local dos fatos e Luisinho transitava de bicicleta em direção a eles, mas, ao avistá-los, deu meia volta e dispensou uma sacola branca no chão. Na abordagem encontraram com ele quatro tabletes de maconha e R$ 115,15. Logo após localizaram o pacote plástico e nele continha droga semelhante a "crack".

Josué Alves Cipriano (fls. 69), também policial, afirmou que patrulhava pelo Santo Antônio quando avistaram o réu vindo em direção a ele, de bicicleta, e quando notou a presença deles deu a volta e jogou alguma coisa no chão. Que na abordagem encontraram com ele maconha e no pacote encontrado no chão apreenderam "crack".

Quanto à validade dos depoimentos prestados pelos policiais, inadmissível que sejam objeto de análises preconceituosas tão somente por sua condição funcional.

Acesso ao Sumário

Tais declarações, colhidas na fase judicial e com a garantia do contraditório, estando em conformidade com as demais provas dos autos e inexistindo quaisquer indícios que demonstrem intenção dos depoentes em incriminar um inocente, merecem credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

"A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (STF, RTJ 68/54).

"Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos

de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal." (STJ, HC 149.540/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j.12/04/2011, DJe 04/05/2011)

Assim, não procede o pedido de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de entorpecentes, como pretende o apelante, pois a simples alegação de ser viciado não impede a configuração do crime de tráfico. Além disso, não se pode considerar ínfima a quantidade de entorpecentes apreendida, cuja posse e intuito de venda restaram suficientemente demonstrados em face da incompatibilidade da quantidade de droga apreendida com o simples uso.

Uma vez evidenciado o dolo genérico de traficar tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não cabe a desclassificação para o seu art. 28, até porque, pelo local e condições em que se deu o fato criminoso, bem como pelos demais indícios apontados pelo conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, somados à confissão, impossível o acolhimento da tese defensiva.

Neste sentido:

"A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade." (RJTJSP 101/498).

Assim, afastada a hipótese de desclassificação da conduta do apelante Luisinho, resta prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06.

A pena, criteriosamente dosada e fundamentada em perfeita consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, não comporta qualquer reparo.

Quanto ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o dispositivo faculta ao Magistrado sua concessão, que está livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena.

E aqui, embora o apelante seja primário e possua bons antecedentes, a redução máxima apresenta-se incompatível com a quantidade e principalmente a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, maconha e "crack", suficientes a afastarem os requisitos subjetivos necessários para o reconhecimento e aplicação da benesse.

Nesse sentido já decidiu o E. STF:

"O Magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto" (STF, HC 99.440/SP,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-090 de 16 de maio de 2011).

No tocante ao regime prisional, correta a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda corporal.

Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do E. STF (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito *erga omnes*.

Ademais, entende esta c. Câmara pela aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo, como se retira do teor de recente acórdão da lavra do Eminente Des. Edison Brandão:

> "Por fim, mantenho o regime inicial fechado para início do desconto da corporal, sendo o único compatível com o delito, dada a determinação legal em se tratando de crime hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).
>
> Cumpre observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.
>
> Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá aos réus uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta." (TJSP - AP 0002479-41.2010, Rel. Edison Brandão, j. 02/07/2013)

Por esta razão, mesmo que a quantidade da pena imposta permita que seja estabelecido regime inicial mais benéfico, sempre dependerá, em última análise, do exame da culpabilidade da agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos arts. 59 e 33 do CP, levando-se em consideração a conduta e as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes, impõe-se a adoção do regime mais gravoso.

Assim, a modalidade menos severa para o cumprimento da pena mostra-se insuficiente e inadequada à repressão do delito, mantendo-se o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

In fine, também não há falar-se em substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Muito embora o Plenário do STF, da mesma forma, tenha reconhecido

incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"*, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 (HC n. 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.09.2010) e o Senado Federal tenha suspendido, no dia 15.02.2012, a executividade da referida expressão (Resolução nº 5/2012), o apelante, de fato, não preenche os requisitos subjetivos que permitiriam tal conversão.

A substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos é medida excepcional, de natureza alternativa, empregada nos delitos de menor gravidade e atendidas as exigências contidas nos incisos do art. 44 do CP. Ainda que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e não seja o réu reincidente em crime doloso, em se tratando do crime de tráfico, entende-se que, considerados a *"culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias"*, a mencionada conversão apresenta-se inadequada e insuficiente ao fim da sanção penal.

Trata-se de crime de natureza grave, de reprovabilidade acentuada e cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua.

No mesmo sentido é o entendimento desta Veneranda 4ª Câmara de Direito Criminal:

> TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL NOS TERMOS DO ART. 44 DO CP - POSSIBILIDADE. Diante da extrema gravidade do delito, equiparado a hediondo pela lei, de rigor a fixação do regime fechado, independente do montante da privativa de liberdade estabelecida. Inviável, também, a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos, pelo fato de tal medida gerar incentivo à reiteração da nefasta prática do tráfico, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização de um crime tão execrável. RECURSO PROVIDO. (Apelação Criminal nº 0028324-30.2012.8.26.0050, Rel. Willian Campos, j. 25/06/2013)

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005611-93.2011.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes

Acesso ao Sumário

KAMILA CRISTINA TAVARES e JAQUELINE ROBERTA PAINA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por V.U. rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.449)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), GRASSI NETO E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação criminal - Tráfico ilícito de entorpecente e associação para o tráfico - Sentença condenatória - Apelo das rés objetivando, preliminarmente, a nulidade do feito ou sua conversão em diligência para que seja realizado o exame de dependência toxicológica na ré - Rejeição - Não cuidou a defesa de demonstrar, em nenhum momento, haver dúvida sobre a higidez mental ou dependência da apelante Jaqueline, ao tempo dos fatos - No mérito, as apelantes pugnam pela absolvição ou pela desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria demonstradas - Penas e regime prisional escorreitamente fixados - Gravidade concreta da conduta das apelantes que revela a sua elevada danosidade social, a reclamar, portanto, a manutenção do regime eleito, servindo, de resto, ao lado do *quantum* punitivo, como obstáculo à substituição das penas corporais por restritivas de direitos - Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. Danilo Pinheiro Spessotto, acrescenta-se que **Kamila Cristina Tavares** e **Jaqueline Roberta Paina**, por infração aos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, foram condenadas às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, no mínimo legal.

Inconformadas, recorrem.

Jaqueline, preliminarmente, pugna pela nulidade do feito ou pela sua conversão em diligência para que seja avaliada "a higidez intelectual da condenada". No mérito, acenando com a fragilidade probatória, pugna pela absolvição ou pela desclassificação do crime de tráfico para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Kamila, também alegando fragilidade probatória, pleiteia a desclassificação do crime de tráfico para uso de entorpecente e a absolvição do crime de associação para o tráfico.

Processados e contra-arrazoados os recursos, em que o apelado opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento, manifesta-se a d. Procuradoria Geral de Justiça em igual sentido.

É o relatório.

2. A preliminar não comporta acolhida.

A alegada nulidade por ausência de exame de dependência toxicológica, corretamente afastada pelo douto Magistrado de Primeiro Grau, aqui deve seguir a mesma sorte.

Ora, não há que se falar em cerceamento de defesa, máxime em se considerando a lucidez da apelante Jaqueline, quando de seu interrogatório judicial, principalmente ao afirmar que inclusive trabalhava em uma lavoura no sítio Boa Esperança.

Ademais, não cuidou a defesa de demonstrar, em nenhum momento, haver dúvida sobre a higidez mental ou dependência de Jaqueline, ao tempo dos fatos.

Cabe assinalar, a propósito, ter se pronunciado o Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que ***"a perícia é necessária: a) quando houver dúvida a respeito do poder de autodeterminação do acusado; b) quando houver evidência de que a conduta foi realizada em virtude de dependência do uso de substância entorpecente"***[1], hipóteses estas inocorrentes na espécie.

Logo, não há que se falar em nulidade diante da não realização de exame de dependência toxicológica ou em necessidade de se converter o julgamento em diligência para tal fim.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

As apelantes foram processadas e condenadas pelos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e associação para o tráfico, porque, por volta das 11h25min, do dia 03 de junho de 2011, na Rua Graziela Vasconcelos Godoy, bloco 15, apto. 2-B - "Conjunto Habitacional Prof. Cavalcante" - Jardim Nova República, na cidade de São João da Boa Vista, guardavam, para fins de tráfico, cerca de 14,5g. de *Cannabis sativa L*, cerca de 17,0g. de cocaína e cerca de 10,0g. de *crack*, sem qualquer autorização, e estavam associadas para a prática

1 - STF-HC 70.268 - 1a. Turma - *in* DJU 17.06.94 - p. 15.708.

Acesso ao Sumário

de tráfico (fls. 01-D/03-D).

2.1. Do crime de tráfico de entorpecentes

A materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada não apenas pelos autos de prisão em flagrante (fls. 02/13) e de exibição e apreensão (fls. 33/34), senão também pelos laudos de constatação prévia (fls. 35/37) e de exame químico-toxicológico (fls. 209), que apresentaram resultados positivos para *Cannabis sativa L,* cocaína e *crack*.

A autoria atribuída às apelantes, igualmente, exsurge incontroversa.

Na delegacia, Kamila negou a propriedade das drogas encontradas em sua residência, afirmando que era usuária de *crack*, maconha, cocaína e cola, e alegou que a denúncia recebida pela polícia militar devia ter sido forjada por algum inimigo, já que a sua casa foi vistoriada por diversas vezes e nada foi encontrado (fls. 10).

Jaqueline afirmou que estava residindo na casa de Kamila há aproximadamente um mês, em razão de sua mãe morar na zona rural, e que, na data dos fatos, estava dormindo quando os policiais entraram no apartamento de sua amiga para realizar uma vistoria, momento em que ela os alertou acerca da possibilidade de encontrarem alguma "ponta" de maconha no quarto, pois ela costumava usar esse tipo de droga (fls. 12).

Em Juízo, Kamila negou a propriedade das drogas e a prática do tráfico, alegando que trabalhava na empresa Canudos Maschio há seis meses e recebia o valor de R$ 800,00 (oitocentos reais) por mês. Afirmou, ainda, que usava maconha diariamente e cocaína em algumas festas, que tinha comprado um faqueiro de um cigano, pelo qual tinha desembolsado 20 ou 30 reais, e que tinha sido companheira de Adriano (pai de seus filhos), que estava preso por tráfico (fls. 233/238).

Jaqueline afirmou, em Juízo, que não morava no apartamento de Kamila e que, naquela oportunidade, tinha ido à casa da amiga para dormir, pois iam passear juntas no dia seguinte. Asseverou que não presenciou o encontro da droga. Salientou que trabalhava na roça e fumava maconha diariamente e cheirava cocaína nas festas (fls. 240/245).

Acesso ao Sumário

Malgrado as versões exculpatórias, a prova produzida nos autos lhes é adversa.

Com efeito, o policial militar Eisenhower Dener Jeronimo, corroborado pelo também policial militar Diego Martins Francioli (fls. 251/255), relatou que, em virtude de um mandado de busca domiciliar expedido para ser cumprido na residência das apelantes, bem como em razão de "denúncias" de que no local se desenvolvia o tráfico e os bens eram produto do nefasto comércio, para lá se dirigiu e encontrou Kamila, Vanessa e Jaqueline dormindo no quarto. Quando indagadas acerca da existência de objetos ilícitos, Jaqueline afirmou que a

maconha era dela. Após vistoria, localizou R$ 760,00 (setecentos e sessenta reais), dentro de uma bolsa que pertencia a Kamila, além de um cigarro de maconha, uma máquina fotográfica rosa, 4 celulares e um mural contendo fotografias das apelantes usando drogas. No quarto da mãe de Kamila, foi encontrada uma máquina fotográfica preta e, na cozinha, um faqueiro citado no mandado de busca. Em seguida, um cachorro derrubou o lixo que estava ao lado do fogão, na cozinha, sendo localizadas, então, uma porção pequena de maconha, 26 pedras embaladas em plástico verde e uma porção de cocaína. Neste momento, Kamila assumiu a propriedade do *crack* e da cocaína e Jaqueline confirmou ser proprietária da maconha e do restante do material apreendido. Afirmou, ainda, que Kamila não tinha ocupação, pois sempre era vista na residência cuidando de uma criança pequena, quando faziam patrulhamento pelo local. Anotou que as apelantes e a terceira jovem moravam juntas e que existiam diversas informações no sentido de que as três realizavam o tráfico (fls. 246/250).

O policial militar Leandro Narcizo Moreira do Carmo, que apresentou a mesma narrativa dos fatos, acrescentou que tinha recebido informações de que o amásio de Kamila usava a casa dela para praticar o tráfico e tinha acabado de sair da prisão (fls. 256/258).

Não se pode olvidar que tais depoimentos merecem inteira acolhida, já porque os policiais não conheciam as apelantes e não tinham motivo para incriminá-las, se elas não estivessem mesmo a cometer o crime; já porque prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexiste razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

Bem a propósito, já se decidiu que a **"*simples condição de policial, segundo a Suprema Corte (RTJ 68/64), não torna a testemunha impedida ou suspeita. Em RT 530/372, por outro lado, já se decidiu ser 'inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório' (no mesmo sentido RT 574/401, 588/513, 591/313, 594/332, 594/392, 597/330, 609/394, 610/369, 614/275, 616/286, 634/276 e 654/278; JUTACRIM 83/454, 95/101 e 96/230)*"**.[2]

E mais: **"*Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade***

2 - Apelação Criminal nº 726.557/8 - 7ª Câmara de Férias - Rel. Juiz Luis Ambra - v.u., j. de 22.07.93, cit. *in* RJDTACRIM 19/96.

Acesso ao Sumário

***e ao depois negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuas*".**[3]

Importante registrar, também, como já se teve oportunidade de decidir: "***Assente, de forma pacífica, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, que os depoimentos de policiais quando coerentes e sem discrepância entre si têm a validade de quaisquer outras declarações, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade*".**[4]

De se salientar que eventuais contradições existentes na prova oral não têm o condão de comprometer ou obnubilar o sólido conjunto probatório construído neste processo, mormente em se considerando que, no concernente aos aspectos fundamentais dos fatos, tal acervo se revela coeso, consistente e convincente.

Demais disso, as apelantes não cuidaram de demonstrar, concretamente, a efetiva ocorrência da alegada falsa incriminação dos policiais ou de supostos inimigos, o que afasta as versões exculpatórias por elas ensaiadas (fls. 232/245), as quais restaram de todo isoladas, sem qualquer amparo em algum adminículo probante.

Assim, a teor do que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, consoante já proclamou a jurisprudência:

"*Não se afigura como ilegal sentença condenatória que desconsidera álibi apresentado pela defesa e não comprovado...*"[5]

E mais. Não se mostra crível que pessoas estranhas às apelantes estivessem, sem qualquer motivo aparente, dispostas a conspirar contra elas.

Ademais, a assertiva de Jaqueline no sentido de que não residia no local e apenas dormia eventualmente na casa de sua amiga Kamila foi contrariada pela própria genitora de Kamila, Sra. Elaine Cristina Cypriano, que afirmou na delegacia que era "*genitora da autuada Kamila Cristina Tavares, a qual reside consigo, sendo que Kamila trouxe para morar junto sua amiga Jaqueline a cerca de um mês*"[6] (sic), o que foi confirmado pelos depoimentos dos policiais Eisenhower[7] e Diego[8] em Juízo.

Importante ressaltar, ainda, as informações trazidas pela Conselheira Tutelar Cristiane M. S. Taliba Aurilietti, que corroboraram o sólido conjunto

Acesso ao Sumário

3 - RDTJRJ 7/287.

4 - TJSC - JC 59/314.

5 - STJ-HC 20620/SP - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca - Quinta Turma - Julgamento 04/06/2002 - DJ 01.07.2002, p. 365. Em igual sentido: STJ-RHC 5376/SP - Relator Ministro José Dantas - Quinta Turma - Julgamento 27/05/1996 - DJ 24.06.1996, p. 22781.

6 - Fls. 08/09.

7 - Fls. 246/250.

8 - Fls. 251/255.

probatório produzido nos presentes autos: "*na data de 25 de maio p.p., recebemos denúncia de que 'os pais das referidas crianças são traficantes; que as crianças falam muitos palavrões e não respeitam ninguém; que o genitor saiu da prisão há pouco tempo e está morando no local'. Em 31 de maio p.p. recebemos nova denúncia de que 'a genitora recebe muitas crianças em sua residência; que usam drogas, oferecidas pela mesma e depois usa as crianças de aviãozinho'. Na mesma data, a Conselheira Rosângela esteve no local, encontrou a genitora dormindo e não conseguia acordá-la, apesar de que a casa estava toda aberta e de chamar pela mesma em alto tom. Em conversa com um vizinho, que transitava pelo local no momento da diligência, o mesmo informou que Kamila passa a noite toda fora de casa, por isso, dorme até tarde durante o dia. A Conselheira Rosângela conseguiu acordar Kamila, que estava na casa com uma amiga, orientou e advertiu a genitora, notificando-a para comparecimento na sede deste órgão, na mesma data. Ocorre que a genitora Kamila não compareceu à notificação expedida; apenas sua mãe, a avó materna das crianças... a Sra. Eliane informou que na casa residem ela, as crianças, um filho de 17 anos e sua filha Kamila, a qual 'não para em casa', disse ainda que Kamila usa drogas, não sabendo informar quais drogas... A Sra. Elaine não sabia informar se a filha é também traficante, mas disse que seria possível uma vez que ela não tem outros meios para manter o vício. Informou ainda que o pai das crianças, Sr. Adriano, novamente foi preso, em razão das drogas, mas não soube informar se por uso ou tráfico*".[9]

Vale registrar, também, que as substâncias entorpecentes que as apelantes guardavam, pela sua diversidade, quantidade e forma de acondicionamento (uma porção de *Cannabis sativa L*, com peso líquido de 13,5g.; uma porção de cocaína, com peso líquido de 16,2g., e 26 invólucros de *crack*, com peso líquido de 9,3g.) denotam, já por si, que se destinavam ao comércio ilícito e, pois, ao consumo de terceiros.

Não é ocioso recordar, nesse passo, que a apreensão de expressiva quantidade de substâncias entorpecentes em poder do agente, além da circunstância de estarem separadas em unidades diferentes ou divididas em porções, conduz à segura conclusão de que se destinam ao comércio ilícito, e não ao uso próprio, como tem proclamado iterativamente a jurisprudência.[10]

Some-se a isto o fato de que, além da variedade e da expressiva quantidade de drogas, foram apreendidos R$ 760,00 (setecentos e sessenta reais) em dinheiro e diversos objetos que seriam produto do tráfico (fls. 34).

Não bastasse isso, nunca é demais lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de droga, não é mister que aconteça a operação de venda da

Acesso ao Sumário

9 - Fls. 60/62.

10 - JTACrim 63/240. Em igual sentido, confiram-se: RT 537/335, 538/380, 540/315, 581/350; RJTJESP 84/382; JTACrim 47/301,49/250, 58/25, 59/254, 61/197 etc.

substância entorpecente, bastando que seja detectado e demonstrado, como no caso em exame, que as drogas destinavam-se ao fornecimento a terceiros.

Bem é de ver, nesse passo, que outro não tem sido o entendimento desta Colenda Corte, consoante se dessume do v. acórdão da lavra do Eminente Desembargador Marco Antonio Marques da Silva:

> **"*Para configuração do crime imputado ao apelante, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a* traditio*, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512)*".**[11]

Cumpre enfatizar, outrossim, que o fato de as apelantes serem usuárias de substâncias entorpecentes, o que não se pretende infirmar, não as exonera da responsabilidade pela prática da narcotraficância, principalmente porque elas poderiam realizar o tráfico exatamente para garantir a continuidade da situação de usuárias.

Nesse sentido, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal:

> **"*A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga...*"**[12]

Assim também decidiu esta Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal, em v. acórdão da relatoria E. Desembargador Camilo Léllis:

> **"*... mesmo que o apelante fosse usuário de drogas, tal circunstância não excluiria a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização de entorpecentes, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das substâncias ilícitas*".**[13]

Portanto, ao contrário dos argumentos sustentados pela combativa defensoria e a despeito dos depoimentos das testemunhas de defesa Eliete Silvério Balbino (fls. 259/262), que apenas afirmou que a apelante Kamila trabalhava na empresa de canudos e era usuária de maconha e cocaína, e Amanda da Fonseca Maschio (fls. 263/264), que somente confirmou que a apelante Kamila trabalhava em sua empresa de canudos, o elenco probatório permite concluir que as apelantes guardavam as porções das substâncias entorpecentes que restaram apreendidas e tinham para as mesmas, à guisa de finalidade, a traficância, mormente em se considerando as informações de que estaria ocorrendo tráfico de drogas no local dos fatos; a existência de diversos objetos indicados nas delações anônimas como sendo produto da traficância, sem que a apelante Kamila pudesse comprovar a origem lícita dos mesmos; a

Acesso ao Sumário

11 - Apelação Criminal nº 0014608-83.2011.8.26.0562, 6ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 30/08/2012.

12 - HC nº 74.420-6/RJ, Relator: Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 19/12/96, p. 51.768.

13 - TJSP - Apelação Criminal nº 0040280-14.2010.8.26.0050, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 25.10.2012, v.u.

apreensão de expressiva quantidade e variedade de entorpecentes na residência de Kamila, local onde Jaqueline passou a residir um mês antes dos fatos, além de grande quantidade de dinheiro (R$ 760,00).

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, tudo está a indicar mesmo a violação, pelas apelantes, da norma de proibição insculpida no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a revelar total incompatibilidade com os pleitos desclassificatórios, razão por que era mesmo inarredável o provimento condenatório por tráfico ilícito de entorpecentes, como bem proclamado pelo eminente Magistrado sentenciante.

As penas não comportam reparo, máxime porque, por se apresentarem em perfeita consonância com os preceitos da Carta Constitucional de 1988, em especial com as normas-princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, foram fixadas com critério e assim serão mantidas.

Importante frisar que as penas básicas foram escorreitamente fixadas no mínimo legal e assim permaneceram, mesmo em face da atenuante da menoridade, tendo em vista o comando normativo da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: **"*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*".**

Ademais, a causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 afigura-se inaplicável na espécie, pois restou comprovado que as apelantes se dedicavam à atividade criminosa e integravam associação criminosa.

2.2. Do crime de associação para o tráfico

Quanto ao crime de associação, previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, o acervo probatório revela-se assaz elucidativo e contundente a respeito, seja por conta da quantidade de drogas e dinheiro apreendidos com as apelantes; seja em razão das assertivas dos policiais militares Eisenhower Dener Jeronimo e Diego Martins Francioli no sentido de que havia informações de que as apelantes realizavam o tráfico há muito tempo no local dos fatos; seja pela confirmação pela apelante Jaqueline e pela mãe de Kamila, na delegacia, bem como pelos policiais militares, de que Jaqueline tinha se mudado para a residência de Kamila há um mês aproximadamente; seja pelo encontro de diversos objetos na residência, sem comprovação da origem lícita dos mesmos pelas apelantes; seja pela confirmação pela apelante Kamila acerca da propriedade do *crack* e pela apelante Jaqueline da propriedade da maconha e do restante do material apreendido; permitindo-se que se vislumbre a presença da estabilidade e permanência caracterizadoras da *societas sceleris*.

Acesso ao Sumário

Logo se vê que o quadro probatório produzido neste caderno processual revela-se convincente acerca da materialidade e autoria delitiva atribuídas às apelantes, autorizando tranquilamente o desate condenatório, pelo crime de associação para o tráfico.

As penas não comportam reparo, máxime porque, por se apresentarem em perfeita consonância com os preceitos da Carta Constitucional de 1988, em especial com as normas-princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, foram fixadas com critério e assim serão mantidas.

Válido registrar que as penas básicas foram corretamente fixadas no mínimo legal e assim se mantiveram, mesmo em face da atenuante da menoridade, tendo em vista o comando normativo da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: **"*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*"**.

2.3. Do regime prisional

Por fim, no tocante ao regime prisional eleito na r. sentença, há de se ressaltar que as apelantes viram-se condenadas pela prática de associação para o tráfico e pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, este último se classifica sabidamente, no sistema jurídico pátrio, como crime assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII).

E mais, a gravidade concreta da conduta das apelantes, decorrente da natureza e quantidade das substâncias entorpecentes, capazes de atingir um universo de aproximadamente cento e cinquenta usuários, revela a sua elevada danosidade social, a reclamar, portanto, a manutenção do regime eleito, servindo, de resto, ao lado do *quantum* punitivo, como obstáculo à substituição das penas corporais por restritivas de direitos, máxime porque estas não se mostrariam suficientes e socialmente recomendáveis (art. 44, III, CP).

Cumpre salientar, a propósito, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

"*... Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da natureza da droga apreendida - 12 (doze) "pedras de crack". Precedentes. 3. (...) 4. Ordem denegada*".[14]

3. Pelo exposto, rejeitada a preliminar, **nega-se provimento** aos recursos.

14 - HC 191101 / SC - HABEAS CORPUS - 2010/0215109-3; MIN. LAURITA VAZ (1120); T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 25/10/2011; Data da Publicação e Fonte DJe 07/11/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006827-66.2009.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante WELINTON DIEGO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver Welinton Diego da Silva da acusação que lhe foi feita. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2900)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: ***Coação no curso do processo - Ameaça exercida contra testemunha em Boletim de Ocorrência - Ausência de prova documental da condição de testemunha ou da instauração de inquérito - Crime não caracterizado - Absolvição decretada - Recurso provido.***

VOTO

Vistos.

WELINTON DIEGO DA SILVA, qualificado nos autos, foi denunciado e processado perante o juízo da 1ª Vara da Comarca de Adamantina, apontado como incurso por duas vezes no art. 344, do Código Penal.

Segundo a inicial, no dia 20 de setembro de 2009, por volta das 3h00min e das 11h00min, na Rua Rio Grande, nº 340, Jd. Brasil, na cidade de Adamantina, usou de grave ameaça contra Tais Cristina Alves, testemunha em inquérito policial, com finalidade de favorecer interesse próprio.

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de fls. 77/80, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Fábio Alexandre Marinelli Sola, que julgou procedente a ação penal e condenou o acusado por infração ao art. 344, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 ano, 4 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 20 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Inconformada apela a Defesa buscando a absolvição, sob o argumento de que a prova é frágil e insuficiente para justificar a condenação imposta (fls. 86/88).

Acesso ao Sumário

Recebido o recurso (fls. 85), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 90/92).

Bem processado o apelo, a d. Procuradoria de Justiça opinou pela desclassificação da conduta para o crime de ameaça, tendo em vista que a coação não ocorreu em procedimento judicial, administrativo ou arbitral (fls. 100/102).

Anote-se que o processo foi inicialmente distribuído para a Col. 13ª Câmara de Direito Criminal (fls. 99), mas acabou redistribuído para essa E. 4ª Câmara Criminal Extraordinária em 24 de setembro de 2013 (fls. 105).

É o relatório.

Cuida-se de apelação interposta por Welinton Diego da Silva contra a r. sentença de fls. 77/80 que o condenou, por infração ao art. 344, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 ano, 4 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 20 dias-multa, de valor unitário mínimo.

E, na análise da pretensão recursal, forçoso concluir que procede o inconformismo da Defesa, já que mal demonstrado o crime de coação no curso do processo.

De fato, ainda que comprovada a grave ameaça contra a vítima Taís Cristina Alves, que teria presenciado uma agressão do réu contra outra pessoa e indicado como testemunha em boletim de ocorrência (BO nº 768/09, da delegacia de Adamantina), o que se tem, na verdade, é que o crime de coação no curso do processo tem como elemento integrante do tipo penal que a ameaça seja praticada contra pessoa chamada a intervir em processo judicial, policial, administrativo ou em juízo arbitral, e, por aqui, isso não restou demonstrado, como, aliás, bem observou o parecer da d. Procuradoria de Justiça.

Na verdade, a coação teria acontecido, conforme as declarações da vítima, em simples boletim de ocorrência, mero ato administrativo de informação, de sorte que, para a caracterização do delito em questão, seria imprescindível que houvesse prova de que esse ato deu origem a procedimento administrativo (inquérito policial), ou processo criminal.

No caso dos autos, embora exista referência na prova oral ao fato da vítima ter sido arrolada no boletim de ocorrência, esse documento sequer foi juntado aos autos, razão pela qual não se tem como aperfeiçoado o elemento objetivo do art. 344, do Código Penal, na medida em que a ameaça praticada pelo apelante não visou impedir o testemunho em inquérito policial, já que existe simples referência a notícia de infração, mas não prova de que existiu o inquérito.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido é o ensinamento de Damásio de Jesus:

"*A existência de um procedimento em curso configura elemento do tipo. De modo que, não havendo em curso um processo judicial ou administrativo, ou um inquérito policial etc..., o fato é relativamente atípico, subsistindo o crime residual (ameaça, lesão corporal etc.)*" (Código Penal Anotado, 21ª edição, editora Saraiva, página 1.253).

Desse posicionamento não se afasta o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*Para que se configure o crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP) mister se faz a coexistência de um feito judicial, policial, administrativo ou simplesmente arbitral. A grave ameaça, com o fito de obstar ou dificultar a apuração de abuso de poder, proferida antes da instauração do inquérito policial - não dirigida, portanto, a autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que estivesse funcionando ou tivesse sido chamada a intervir no processo policial - obriga a desclassificar a conduta para a figura típica do art. 147 do CP (ameaça)*" (RT 656/282).

No presente caso, tem razão a d. Procuradoria de Justiça quando entende que a questão mais se enquadra na definição do crime de ameaça, mas a esta altura, ainda que fosse o caso de desclassificação, a prescrição já teria atingido o delito em face da pena a ele imposta.

Bem por isso, de rigor a absolvição do apelante.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver Welinton Diego da Silva** da acusação que lhe foi feita.

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0007900-24.2011.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante GIVANILDO FRANKLIN DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Givanildo Franklin dos Santos, para o absolver da imputação da prática do crime previsto no artigo 330, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, devendo cumprir a pena de 01 (um) mês de detenção, em regime prisional aberto, sendo-lhe concedido *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante cumprimento das condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, 'a', 'b' e 'c', do Código Penal, por incurso nas sanções do artigo 147, do mesmo Diploma Legal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.938)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MOREIRA DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.
MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DAS PROVAS A ENSEJAR O DESLINDE CONDENATÓRIO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS ARTS. 330 E 147, *CAPUT*, AMBOS DO CP.

CASO EM QUE, NO TOCANTE AO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA, A EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA DE SANÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA, QUE PODE SER ATÉ MESMO DE PRISÃO PREVENTIVA, TORNA ATÍPICA A CONDUTA IMPUTADA, A ENSEJAR A ABSOLVIÇÃO.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM INCRIMINAR O APELANTE QUANTO À PRÁTICA DO CRIME DE AMEAÇA NA FORMA RECEPCIONADA NA R. SENTENÇA.

SITUAÇÃO A ENSEJAR AFASTAMENTO DA CONDIÇÃO ESPECIAL VINCULADA AO REGIME PRISIONAL ABERTO ESTABELECIDO, COMO TAMBÉM DA CONDIÇÃO IMPOSTA AO *SURSIS*.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

1 - Trata-se de apelação interposta em favor de Givanildo Franklin dos Santos, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de um mês e quinze dias de detenção, em regime prisional aberto (com a condição especial de prestar serviços comunitários, pelo prazo de seis meses e quinze dias, em entidade a ser designada no Juízo das Execuções), mais o pagamento de dez dias-multa, fixados no piso mínimo, lhe tendo sido concedido o *sursis*, com a condição de prestar serviços comunitários no primeiro ano, por infração aos ditames dos artigos 330 e 147, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 115/119).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido, por entender que as provas são frágeis para justificar o deslinde condenatório, mormente porque a vítima negou em Juízo que o réu tenha proferido ameaças contra ela, como também porque a testemunha nada

Acesso ao Sumário

presenciou (fls. 135/136).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que requer o seu desprovimento, tendo reiterado as alegações finais antes ofertadas, acrescentando que as penas não estão a merecer, igualmente, qualquer alteração (fls. 138/140).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Cesar Pinheiro Rodrigues, se pronunciou pelo desprovimento do apelo e pela manutenção da r. sentença (fls. 146/150).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Há que se dar parcial provimento ao recurso.

Por primeiro, há que se reconhecer a atipicidade do delito de desobediência, absolvendo-se o réu quanto a tal.

Isso porque, no caso concreto, trata-se de descumprimento de medida protetiva imposta com base na Lei nº 11.340/2006, para o qual há previsão de adoção de outras providências visando garantir a efetividade das medidas de urgência determinadas, que podem culminar, inclusive, nos termos do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, com a decretação da prisão preventiva do agressor.

Assim, havendo cominação de sanções específicas para os casos de descumprimento da ordem judicial de afastamento do lar decorrente de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, que pode ser até a de prisão preventiva, não há que se falar em imputação da prática do crime de desobediência, sequer citado na legislação como sendo passível de ser cumulado com tais sanções processuais cautelares.

Nesse sentido já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal: - **"AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. (...). Descumprimento do preceito. Irrelevância penal. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito."** (HC 88572, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julg. em 08/08/2006, DJ 08-09-2006).

Como também: - **"CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQUENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA – '*HABEAS CORPUS*'**

Acesso ao Sumário

DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ('astreinte') fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência." (HC 86254/RS - Rel. Min. Celso de Mello - julg. 25/10/2005).

No mesmo sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: - **"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. 1. É legal a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas agressões, em se considerando o histórico do Paciente. 2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico - art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 - prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. 3. Ordem denegada."** (HC 170.962/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. em 03/05/2011, DJe 17/05/2011).

E ainda: - **"CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE - ENGENHEIRO QUE CUMPRIA ORDENS DA MUNICIPALIDADE. PENA DE MULTA PREVISTA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO. 1-(...). 2. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes. 3. Ordem concedida para trancar o procedimento instaurado contra o paciente."** (HC 115.504/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva (convocada), DJe 09/02/2009).

Fica, pois, o apelante, absolvido quanto ao crime em tela, por atipicidade da sua conduta, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

No tocante ao delito de ameaça, a autoria é certa.

Acesso ao Sumário

O apelante, em seu interrogatório judicial, apesar de ter negado sua prática, confirmou que esteve na residência da vítima, alegando que precisava de dinheiro, frisando que "eu estava embriagado, e ela é nervosa também e ficou com medo, eu não ia bater nela" (fl. 91), todavia não se recordando de tê-la ameaçado, no mais mencionando não ter sido antes processado (fls. 90/94).

Já a vítima Rosilta Pereira Franklin, na Delegacia, asseverou que o réu era dado ao consumo de bebidas alcoólicas, em ocasiões em que ficava "extremamente agressivo" (fl. 09), chegando a proferir ameaças e até mesmo praticar agressões contra seus familiares, o que a levou a ingressar junto ao Poder Judiciário com pedido de concessão de medida protetiva, para que ele se afastasse do lar, sendo atendida. Frisou que apesar disso, em razão do receio que tem dele, passou a pernoitar na casa de vizinhos, sendo que, naquele dia, ao retornar para sua moradia na companhia de seu genro, ele lá ingressou e solicitou dinheiro para viajar, destacando que, diante da sua informação de que não o tinha, ele "ficou agressivo e passou a ameaçá-la de agressão" (fl. 10), tendo então seu genro chamado a polícia, que o deteve, não sem antes a ameaçar novamente, dizendo que "quando o soltassem ele mataria a Declarante e o pai dele" (fl. 10).

Todavia, em Juízo, procurou minimizar a responsabilidade penal do acusado, confirmando que ele esteve em sua casa, apesar da medida protetiva que o impedia, a fim de lhe pedir dinheiro, negando que a tenha ameaçado, ressaltando que "só estava abusando, aí chamei a vizinha e pedi para chamar a polícia" (fl. 77), observando-se que ao ser a ofendida questionada quanto a ter ele antes a agredido, afirmou que "Não, ele falava, mas nunca chegou perto" (fl. 79), o que guarda relação com sua primeira narrativa, somando-se a tal que o comportamento do réu inclusive a fez novamente se dirigir à moradia de sua vizinha, por óbvio devido ao temor que sentia dele colocar em prática as ameaças proferidas (fls. 75/80).

E a testemunha João Apolônio da Silva, cunhado do acusado, que na fase inquisitiva confirmou as declarações da vítima, ao asseverar que inclusive presenciou quando o réu a ameaçou de morte diante da sua negativa em lhe dar dinheiro, em Juízo, sintomaticamente, afirmou que "Eu não ouvi, eu estava longe, parecia que ele queria pegar ela, mas ela corria e ele ia atrás" (fl. 86), todavia confirmando que a ofendida chegou a passar a noite em sua residência, em razão de terem quebrado a janela de sua casa, fato esse que foi imputado ao acusado pela ofendida (fls. 84/89), a denotar o temor que sentia quanto a esse (fls. 84/89).

Já o policial militar Crécio Pereira da Silva confirmou amplamente seu relato inicial e as declarações da vítima na fase inquisitiva, ao asseverar que ela estava no imóvel vizinho quando lá chegou, tendo sido por ela informado que o réu estava alterado e havia quebrado uma janela para ingressar na moradia, além

Acesso ao Sumário

de tê-la ameaçado, tendo a mesma apresentado a ordem judicial que impedia a aproximação dele, o que motivou sua prisão (fls. 81/83).

Quanto ao crime de ameaça, pois, acertado o deslinde condenatório do apelante, tendo sido a pena corporal fixada no patamar mínimo de um mês de detenção.

Todavia, observa-se que, fixado o regime prisional aberto para o desconto da pena, foi estabelecida, no sétimo parágrafo de fl. 118, no édito monocrático, condição especial de prestação de serviços à comunidade pelo prazo da sanção corporal, sem qualquer justificativa para tal, motivo pelo qual fica afastada.

Também se mostra excessiva a imposição da prestação de serviços comunitários pelo apelante no primeiro ano do prazo do *sursis* que lhe foi concedido, vez que as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, lhe são favoráveis, mostrando-se mais adequado que sejam observadas as condições previstas no § 2º, "a", "b" e "c", do artigo 78, do Estatuto Repressivo.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Givanildo Franklin dos Santos, para absolvê-lo da imputação da prática do crime previsto no artigo 330, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, devendo cumprir a pena de 01 (um) mês de detenção, em regime prisional aberto, sendo-lhe concedido *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante cumprimento das condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, "a", "b" e "c", do Código Penal, por incurso nas sanções do artigo 147, do mesmo Diploma Legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0759638-60.2008.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/a.m.p. Z.A.S.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DOMINGOS SÁVIO GOMES DE SIQUEIRA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Ilmo. Dr. Marcos Paulo Galvão Freire, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), PEDRO MENIN E ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 18 de março de 2014.
OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: Homicídio culposo e lesão corporal culposa causados por eletrocussão. Imputação que recai sobre o supervisor da companhia elétrica responsável pelo fornecimento e manutenção do sistema de energia local. Culpa não provada. Negligência que não foi demonstrada. Ausência de liame subjetivo entre a conduta e o resultado. Inadmissibilidade da responsabilização objetiva em face da função exercida pelo irrogado. Absolvição mantida. Apelo ministerial improvido.

VOTO

1. DOMINGOS SÁVIO GOMES DE SIQUEIRA (RG 29.135.865) foi denunciado porque, no dia 01 de março de 2008, por volta das 21 horas e 55 minutos, na Avenida ..., Jardim ..., nesta cidade e comarca, supostamente agindo com negligência, teria concorrido, de qualquer forma, para a morte de M.A.A. D. e para as lesões corporais de natureza gravíssima sofridas por Y.A.A.D.

Processado, foi absolvido, em sentença proferida pelo Dr. Brenno Gimenes Cesca, MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Inconformada, apela a representante do Ministério Público, pleiteando a condenação do apelado, sustentando, para tanto, ter se afigurado a negligência do indigitado, que deu causa aos resultados acima descritos. Afirma que o conjunto probatório foi capaz de comprovar que o réu concorreu para as infrações penais que lhe foram imputadas, sendo, desse modo, injustificável a absolvição.

Prossegue alegando que a conduta negligente consistiu em deixar de determinar o atendimento prioritário na região do Banhado, com vistas à reparação dos danos ocorridos na rede elétrica, bem como em deixar de certificar o efetivo e integral reparo da rede, por meio de sua equipe de trabalho, antes de determinar o restabelecimento, ainda que momentâneo, da energia elétrica na região.

Por tais argumentos, busca o provimento do recurso, para que seja o apelado condenado como incurso nos artigos 121, § 3º e 129, § 6º, ambos do Código Penal, nos exatos termos da denúncia (fls. 395/400).

A assistência da acusação apresentou razões às fls. 406/411, sustentando, em síntese, que a negligência do sentenciado se configurou ao não ter consertado

Acesso ao Sumário

o cabo elétrico ou não ter determinado priorização ao atendimento da região, mesmo tendo sido cientificado da existência do problema na rede elétrica.

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 416/426.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer muito bem lavrado pelo i. Dr. Silvio Hiroshi Oyama, opina pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

2. Os recursos do Ministério Público e da assistente da acusação não devem prosperar.

O apelado, DOMINGOS SÁVIO, era, à época dos fatos, supervisor do Centro de Operações da empresa "Bandeirante de Energia S/A". Na data dos crimes a ele imputados, segundo a denúncia, ele teria sido negligente por não ter determinado que fosse dada prioridade de atendimento para reparo da fiação elétrica no local dos fatos e não ter se certificado de que o reparo havia sido efetivado, mesmo tendo sido notificado da existência de rompimento de fios na região conhecida como "Banhado". Além disso, não ter impedido o restabelecimento da energia àquela localidade.

A alegada negligência teria assim dado causa à morte da vítima M. e às lesões corporais sofridas por Y., consistente em deformidade permanente no pé esquerdo, porquanto, ao passarem pelo local, no período noturno, teriam recebido forte descarga elétrica.

Ao apreciar todo o conjunto probatório, bem decidiu o MM. Juiz de Direito da Vara de origem, ao fundamentar a absolvição do apelado da seguinte forma:

"*Se os reparos necessários não foram feitos a contento pelos funcionários que lá estiveram, não pode o réu, que ali não esteve, responder pela omissão deles.*

Não é demais lembrar, ainda, que o local não fora corretamente isolado, como bem ressaltou a mãe das ofendidas, procedimento este que não era da alçada do acusado.

Sumulando, embora haja nestes autos elementos a indicar a responsabilidade civil da empresa, não menos concreto que a responsabilidade pessoal e penal do réu que não está suficientemente clara.

Impende frisar que o direito penal repudia a responsabilidade objetiva. Alguém, nesta seara, não pode ser punido pela posição que ocupa, mas apenas pela conduta efetivamente praticada... (fls. 392)".

A absolvição é irreparável.

Interrogado, o apelado admitiu ser o responsável pelo atendimento referente às reclamações relacionadas ao funcionamento da rede elétrica que englobava o local dos fatos. Contudo, esclareceu que apenas as comunicações de vulto eram retransmitidas a ele. Relatou, ainda, que no dia da morte da

Acesso ao Sumário

vítima M. e das lesões sofridas por Y., eventos climáticos atípicos ocorreram, provocando a queda de árvore, mas que nenhuma informação sobre a existência de fios elétricos na via pública lhe foi transmitida.

Algumas das testemunhas, de fato, narraram que a empresa Bandeirante de Energia foi comunicada sobre a existência de fiação elétrica em via pública da região do Banhado, na cidade de São José dos Campos. No entanto, dessas declarações não foi possível a comprovação de que isso tenha sido repassado ao conhecimento de DOMINGOS.

De todo o contexto probatório, a única comprovação que se extrai é a de que houve demora no atendimento ao dano existente na fiação elétrica da região do Banhado pela Empresa Bandeirante, responsável pelo atendimento adequado à espécie.

No entanto, não há nexo de causalidade entre qualquer conduta seja ativa ou omissiva do apelado e os resultados dos crimes a ele atribuídos.

Como bem explanou o i. Procurador de Justiça em seu parecer, "*a demora da empresa Bandeirante em providenciar, na medida do razoável e a despeito da força da tempestade que atingiu a cidade, o célere reparo da rede elétrica, foi determinante para a superveniência do sinistro.*

Ocorre que esse quadro, per si, não enseja a responsabilidade criminal do sentenciado".

Dessa forma, não há como imputar-lhe a negligência que teria acarretado a fatalidade ocorrida com as ofendidas, pois ainda que a empresa tenha sido cientificada de que cabos elétricos de alta tensão teriam se rompido e fios estariam caídos na via pública, isso não é suficiente para demonstrar a suposta culpa imputada a DOMINGOS.

De outra banda, não é despiciendo acrescentar que em nosso ordenamento não é admitida a responsabilização objetiva de agentes públicos. E, no presente caso, o que se nota é exatamente uma tentativa de punir o apelado, que era agente público, à época dos fatos, pela função que desempenhava de supervisor do Centro de Operações da Empresa Bandeirante de Energia, sem que fosse comprovada sua culpa no evento ou estabelecido o vínculo entre o seu comportamento e o resultado-morte.

Sobre o tema decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL - RELAÇÃO DE CAUSALIDADE - RESULTADO DELITUOSO - ELEMENTO SUBJETIVO - EXISTÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE.

- O Código Penal, ao adotar a *conditio sine qua non* (Teoria dos antecedentes causais) para a aferição entre o comportamento do agente e o resultado, o fez limitando sua amplitude pelo exame do elemento subjetivo (somente assume relevo a causalidade dirigida pela manifestação da vontade do agente - culposa ou dolosamente).

Acesso ao Sumário

- Dentro da ação, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado. Ela permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal.

... (RHC 11.685/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 18/11/2002, p. 235)".

Com efeito, apontar o apelado como pessoa capaz de evitar os resultados é concluir que, como supervisor, de tudo tinha conhecimento e que tudo poderia determinar para que os danos à fiação fossem reparados, sem que essa condição fosse comprovada, ou seja, seria responsabilizá-lo pelo resultado sem que exista o liame subjetivo.

Por tais argumentos, a medida que se impunha era mesmo sua absolvição.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos do Ministério Público e da assistência de acusação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000143-31.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/a.m.p ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S.A. - CASAS PERNAMBUCANAS, são apelados ADAUTO KIYOTA, PEDRO PAULO PUGLISI ASSUMPÇÃO, RENATO MARTIN FERRARI, HENRIQUE JOSE DE MAGALHAES, MILTON MOLINARI MORETE, PEDRO PAULO BERGAMASCHI DE LEONI RAMOS, JOÃO MAURO BOSCHIERO, JOSÉ EMÍLIO MEDEIROS CALADO, ANTONIO DARCILIO RODRIGUES PERESTRELO e ADILSON LUIZ RODRIGUES PERESTRELO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO E FRANCISCO BRUNO.

São Paulo, 17 de março de 2014.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Criminal. ARRESTO DE BENS. Medida cautelar de natureza real. Ausência dos

requisitos legais. *Fumus boni iuris* e *Periculum in mora.* Necessidade da medida restritiva de direito fundamental. Excepcionalidade não evidenciada. Quebra do sigilo fiscal. Interpretação restritiva. Localização de bens para futura execução civil que não se encontra dentro de suas finalidades. Negado provimento ao apelo.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão de fls. 163 que indeferiu o pedido de arresto de bens móveis e imóveis, de propriedade dos apelados, ajuizado por Arthur Lundgren Tecidos S/A - Casas Pernambucanas habilitado nos autos da ação penal originária como Assistente de Acusação.

Não conformado, apela à Instância Superior postulando a reforma da decisão objurgada com a concessão do arresto dos bens móveis e imóveis amparando-se nos artigos 136 a 144 c/c o artigo 63, ambos do Código de Processo Penal e no artigo 475-N do Código de Processo Civil.

Recurso contrariado (fls. 299/304, 308/318, 325/335, 337/344, 487/503, 514/516, 521/528, 531/537, 543/558), o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento da apelação (fls. 607/614).

É o relatório.

Em que pesem os sólidos argumentos despendidos pelo recorrente, o apelo não deve prosperar.

A matéria de fundo relaciona-se à prática, em tese, de crime de estelionato praticado pelos réus em desfavor do recorrente, ora assistente de acusação, e de outras vítimas, consistente em ludibriá-las fazendo com que elas acreditassem na lisura de operação fiscal, não autorizada em lei, de modo a lhes causar vultoso prejuízo patrimonial após autuação realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

O ponto controverso gira em torno da necessidade da concessão da medida cautelar de natureza real, abrangendo os bens móveis e imóveis dos apelados, e se estão presentes os requisitos necessários para lhe garantir a necessária legalidade, cuja finalidade principal é assegurar a futura reparação do dano em decorrência da prática de crime (*ação civil ex delicto*).

A medida cautelar almejada, de cunho instrumental à relação processual subjacente, deve observar os estritos limites legais, segundo a doutrina, notadamente a presença do binômio *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*[1].

Acesso ao Sumário

1 *O pressuposto fundamental da providência cautelar é o* periculum in mora*. Como existe uma inevitável dilação temporal - ensina Jaime Guasp - "entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e a que estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante* periculum in mora*,*

A constrição de bens, antes de sentença condenatória, é medida excepcional, porquanto lhes restringe a disponibilidade e, por consequência, afeta diretamente o direito de propriedade - garantia de natureza constitucional - em um de seus elementos essenciais (artigo 1228 do Código Civil).

A natureza jurídica do instituto, embora previsto na legislação processual penal, não se desnatura enquanto providência cautelar cujos principais fundamentos encontram-se na seara cível e exigem extremo cuidado, zelo e precaução para que não haja restrição indevida ao patrimônio alheio.

Neste sentido a lição do ilustre professor mineiro Humberto Theodoro Júnior[2], *in verbis*:

> *O arresto não é ato de simples conservação de direito, como, por exemplo o protesto e a interpelação. Não é, também, execução dada a sua provisoriedade. Mas, embora não satisfaça ao direito material do credor, é certo que, ao garantir sua exequibilidade, incomoda, restringe a liberdade do devedor, ferindo-a com uma relativa proibição de dispor. A jurisprudência o considera medida de exceção, de natureza extremamente vexatória, e recomenda acautelar-se sua concessão mediante requisitos essenciais, que reduzam ao mínimo a probabilidade de ser concedido abusivamente.*

No caso, não obstante os respeitáveis argumentos do recorrente, não vejo como lhe deferir o pleito almejado, pois não se encontram devidamente demonstrados os requisitos necessários para autorizar a concessão da medida em cognição não exauriente.

Apesar de alegar a presença de justa causa para a concessão da medida apoiando-se no prévio recebimento da peça acusatória (indícios de autoria e prova da materialidade) e na posterior confirmação que refutou os argumentos defensivos na resposta à acusação, o certo é que o juízo de probabilidade, exigido pelas cautelares, inclusive a de arresto, é mais denso e demanda maiores elementos probatórios.

O juízo de probabilidade comporta graus, podendo estar mais próximo, ou não, ao juízo de certeza.

Neste sentido, colaciono a lição do Professor Alaôr Caffé Alves[3], *in verbis*:

> *A probabilidade é luz imperfeita sob o qual o verdadeiro frequentemente*

Acesso ao Sumário

que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado através de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco probatório. Se a providência acautelatória não se torna imprescindível, porquanto os efeitos dilatórios do processo não colocam em perigo a proteção ao bem jurídico que nele se procura assegurar, não há o periculum in mora *e a medida cautelar não deve ser concedida*. (Marques, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Volume IV, 2ª edição atualizada, editora Millennium, Campinas/SP, p. 13).

2 Processo Cautelar. 20ª edição - Editora Leud - 2002, p.207.

3 Lógica - Pensamento Formal e Argumentação. 2ª edição, Editora Quartier Latin, São Paulo, p.330.

aparece ao nosso espírito, determinando nele o estado de opinião. Diz-se: "isso é provável; portanto esta é minha opinião". Admite graus: pode se aproximar-se indefinidamente da certeza, sem nunca atingí-la. (grifo nosso).

O órgão julgador para a concessão de medida extrema e excepcional, restringindo direito fundamental, deve realizar juízo mais próximo ao de certeza fazendo prognóstico do provável sucesso da demanda, sob pena de conceder providência jurisdicional absolutamente inútil.

Admitido o raciocínio do apelante em sentido contrário, o mero recebimento da denúncia já vincularia o juiz a deferir, posteriormente, todas as medidas assecuratórias, reais ou pessoais, pleiteadas no curso da relação processual sem necessidade de avaliá-las fundamentadamente à luz dos pressupostos e requisitos exigidos em lei, o que, decerto, não é o caso.

Ainda que a instância penal seja independente da cível[4], não se vinculando a ela de regra, não há como se desconsiderar o quanto produzido naquela ocasião, especialmente se os fatos narrados são similares aos do processo crime, tal como ocorre nos presentes autos (fls. 83/131).

Poderá ser utilizado como elemento de convicção para compor quadro probatório em conjunto com os outros meios de provas porventura produzidos em sede penal e, assim, embasar juízo de convencimento à luz do princípio da persuasão racional, tal como o fez a r. decisão objurgada ao sopesá-los com as provas até então produzidas pelas partes.

De outro lado, diante da natureza cautelar da medida, já anteriormente mencionado, era ônus da parte comprovar concretamente a existência de perigo imediato, relacionada à eventual dilapidação ou perecimento dos bens dos réus que ensejasse a necessidade de imediata intervenção jurisdicional, não sendo suficiente para tanto meras alegações genéricas sem respaldo fático.

Não se extrai dos autos que os réus estejam se desfazendo de seu patrimônio para evitar eventual reparação civil.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior[5] ao realizar leitura constitucional sobre o instituto, *in verbis*:

Incumbe ao acusador demonstrar, efetivamente, o risco de dilapidação do patrimônio do imputado, com a intenção de fraudar o pagamento da indenização decorrente de eventual sentença condenatória. Essa prova, em geral, não é feita, e os juízes e tribunais, desprezando o imenso custo que representa tal medida, a decretam sem o necessário rigor na análise do "fumus commissi delicti" e do "periculum in mora". À luz da presunção de inocência, não se pode presumir que o imputado irá fraudar a responsabilidade civil decorrente do delito, como também

Acesso ao Sumário

4 Artigo 935 do Código Civil.

5 Direito Processual Penal, 10ª edição, Editora Saraiva, p. 929.

não se pode presumir que vá fugir, para decretar a prisão preventiva. A presunção de inocência impõe que se presuma que o réu irá atender ao chamamento judicial e assumir eventual responsabilidade penal e civil. Cabe ao acusador ou a assistente de acusação demonstrar efetivamente a necessidade da medida. Trata-se de prova suficiente para dar conta do imenso custo da cautelar, baseada em suporte fático real, não fruto de presunções ou ilações despidas de base probatória verossímel. (grifo nosso)

Os fatos narrados na denúncia datam de 08 (oito) anos atrás e não há notícia de que tenha havido diminuição patrimonial dos recorridos neste período, pelo que não vejo urgência, tampouco necessidade, em proceder a constrição dos bens na etapa em que se encontra a relação processual atualmente.

Além do mais, a eventual constrição dos bens relacionados seria de pouca utilidade uma vez que os respectivos valores, como já mencionado pelo próprio apelante, não são suficientes para cobrir o eventual prejuízo sofrido que, em tese, os réus teriam lhe causado.

Em relação à quebra do sigilo fiscal (*disclosure*), de igual modo, não há como reconhecê-lo em virtude da ausência dos requisitos constitucionais e legais.

Por obstaculizar e restringir garantia constitucional, a intimidade e a privacidade, a interpretação deve ser a mais restritiva possível, configurando-se medida excepcional, cuja finalidade está atrelada aos interesses da persecução penal na obtenção de provas a respeito de prática de infração penal, tendo em conta o teor do artigo 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001, perfeitamente aplicável à espécie, e não para a simples localização de patrimônio alheio sobre o qual poderá recair futura execução.

De acordo com a jurisprudência prevalente, exige-se a presença de situações legítimas, seja o interesse público, seja o interesse da justiça, para justificar o afastamento temporário das garantias constitucionais[6].

Nenhum deles está presente, porquanto a mera varredura sobre o patrimônio alheio, à luz do princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins[7], não se encaixa no espírito da medida excepcional que, repita-se, deve ser analisada com reserva e não comporta elasticidade interpretativa diante da restrição a direito fundamental que será imposta por ela[8].

Acesso ao Sumário

6 Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

7 Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Barroso, Luís Roberto. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 259.

8 HC nº 191378/DF - Superior Tribunal de Justiça - Ministro Relator Sebastião Reis Junior – 6ª Turma, julgado em 15/09/2011 e HC nº 160646/SP - Superior Tribunal de Justiça - Ministro Relator Jorge Mussi – 5ª Turma, julgado em 21/06/2010.

Destaco, a título de argumentação, o entendimento prevalente dos Tribunais Superiores, extremamente restritivo, no sentido de exigir o prévio esgotamento dos meios ordinários para encontrar os bens dos réus antes de se lhes decretar a medida restritiva da intimidade, ainda mais quando não há sequer título judicial transitado em julgado como ocorre nestes autos[9].

Por não estar dentro suas finalidades a genérica varredura sobre o patrimônio alheio a fim de resguardar e viabilizar futura e incerta reparação do dano no âmbito civil, deixo de acolher também o pedido de quebra de sigilo fiscal dos apelados.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015374-86.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RODRIGO ESTEVES CAMILO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, para reconhecer a qualificadora do emprego de chave falsa e aumentar a reprimenda imposta ao réu Rodrigo Esteves Camilo ao patamar de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corpórea, e multa, no equivalente a 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor unitário, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.919)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e MARIA TEREZA DO AMARAL.

São Paulo, 19 de março de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Acesso ao Sumário

9 Nesse sentido, a jurisprudência do STJ que nega pedido de quebra de sigilo bancário ou fiscal para fins de localização de devedores bem como de seus bens (STJ, AgRg 150244, DJ de 30/08/1999). O interesse da Justiça em compor o prejuízo do autor somente supera o direito à privacidade se estiverem esgotados os meios ordinários para encontrar o réu e os seus bens (REsp 8.806 - RSTJ, 36/313) (Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocêncio e Gonet Branco, Paulo Gustavo: Curso de Direito Constitucional - 4ª edição - Editora Saraiva - p. 429).

Ementa: "Apelação - Furto simples (art. 155, 'caput', do Código Penal) - Condenação - Recurso ministerial - Qualificadora do emprego de chave falsa - Provimento - Prova oral dando conta do uso de 'micha' - Confissão - Objeto submetido à perícia e constatação da possibilidade de uso - Ausência de prova pericial no veículo - Prescindibilidade - Precedentes jurisprudenciais.

Dosimetria - Necessária adequação da pena à forma qualificada do delito - Reprimenda fixada no mínimo previsto para a espécie - Regime aberto mantido - Adaptação da substituição penal à nova pena imposta - Recurso provido."

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Ministério Público** contra a r. sentença de fls. 103/106, que julgou parcialmente procedente a ação penal, afastando a qualificadora do emprego de chave falsa, e condenando **Rodrigo Esteves Camilo** ao cumprimento da pena de **01 (um) ano de reclusão**, no regime inicial aberto, e ao pagamento de **10 (dez) dias-multa**, no mínimo valor unitário, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corpórea, por incurso no artigo 155, "caput", do Código Penal. Inconformada, recorre a d. representante do "parquet", buscando o reconhecimento da qualificadora em questão (fls. 123/127).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pela defesa, que refuta os argumentos trazidos nas razões do inconformismo (fls. 134/135).

Instada, a se manifestar, a i. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 139/142).

Este, em apertada síntese, é o relatório, acrescido ao da r. sentença proferida pelo d. magistrado Richard Francisco Chequini.

O recurso interposto merece provimento, conforme será demonstrado.

Consta da inicial acusatória que no dia 18 de janeiro de 2012, aproximadamente às 11h05min, na Rua Luiz Goes, Vila Mariana, na cidade de São Paulo, o réu Rodrigo Esteves Camilo subtraiu, para si, com emprego de chave falsa, o automóvel qualificado na denúncia, avaliado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), de propriedade de Roger Magnani Camargo.

Apurou-se que a vítima estacionou seu veículo na via pública e, após algum tempo, o acusado ingressou no carro, ligou o motor fazendo uso de uma chave do tipo "micha", evadindo-se até a cidade de Santo André.

Acesso ao Sumário

Rodrigo estacionou o automóvel na esquina da Rua Agenor de Camargo com a Rua Guilherme Marconi.

Policiais militares, com a notícia do furto, iniciaram diligências para encontrar o carro. Localizaram o réu estacionando o veículo e efetuaram a abordagem. Em sua posse, foi encontrada uma chave tipo "micha". Indagado, o acusado confessou informalmente o furto.

A materialidade e a autoria delitiva estão devidamente comprovadas e sequer são impugnadas pela defesa, que se conformou com a condenação do acusado, não tendo apresentado recurso de apelação.

O Ministério Público, por sua vez, busca, com o apelo interposto, o reconhecimento da qualificadora do emprego de chave falsa.

Passemos à prova oral.

Os policiais militares **Ronie Martins Nascimento** e **Rogerio Sampaio de Oliveira** narraram ter localizado o carro furtado, do qual saía o réu, pela porta do motorista. Abordado, foi com ele apreendida uma chave tipo "micha". Indagado, o acusado confessou aos depoentes que havia subtraído o veículo, fazendo uso daquele objeto.

A vítima **Roger Magnani Camargo** nada soube dizer quanto aos fatos em apreço, apenas confirmando o furto.

O recorrido **Rodrigo Esteves Camilo** restou silente em delegacia. Em juízo, negou a subtração de maneira simplista.

A testemunha de defesa nada acrescentou sobre o delito em tela.

De acordo com os depoimentos prestados, temos que os policiais militares responsáveis pela diligência foram firmes e uníssonos, em ambas as etapas da persecução penal, ao informar que o apelado foi preso ao sair do veículo furtado, na posse de uma chave tipo "micha".

Indagado, admitiu a prática do furto, fazendo uso daquele objeto.

A princípio, se faz imperioso o esclarecimento de que nada há nos autos que seja capaz de infirmar a validade do depoimento dos policiais militares, que deve ser recebido com total credibilidade, haja vista que não há qualquer motivo lógico para que incriminassem falsamente o réu, ou afirmassem, de forma leviana e mentirosa, suposta confissão acerca do emprego da chave falsa para a concretização do delito.

Ademais, temos que referido objeto foi apreendido e devidamente periciado (fls. 63), constatando-se que "*pode ser utilizada como mixa ou chave falsa, dependendo da habilidade de quem a manuseie*".

O afastamento da qualificadora se deu em razão da ausência de perícia no veículo furtado. Porém, entendemos ser esta prescindível, considerando-se as demais provas constantes nos autos que, conforme mencionado anteriormente,

Acesso ao Sumário

são suficientes ao reconhecimento do emprego de chave falsa, mesmo porque se trata de delito que nem sempre deixa vestígios.

E nesse sentido, já se manifestou o C. STJ:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EMPREGO DE CHAVE FALSA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO COM BASE NA PROVA TESTEMUNHAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *1. De acordo com o sistema de valoração de provas instituído no processo penal brasileiro, o magistrado é livre para formar o seu convencimento acerca dos fatos submetidos à persecução penal, desde que devidamente fundamentado com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos. 2. Não se podendo falar, portanto, em hierarquia de provas, não há ilegalidade na condenação do paciente pelo crime de tentativa de furto qualificado em razão do emprego de chave falsa, com base apenas nos depoimentos colhidos no âmbito do devido processo legal*. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. CRIME QUE NÃO DEIXA VESTÍGIOS. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *1. A produção da prova pericial reclama a necessidade de elucidar fatos que demandam conhecimentos específicos em determinada área do conhecimento, excepcionalidade não encontrada na hipótese, já que a utilização da chave falsa foi confirmada pelas testemunhas ouvidas em juízo. 2. Ademais, como a figura delitiva em apreço não deixa vestígios, inexiste a obrigação de se proceder ao exame de corpo de delito previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal. Precedente do STF. (...)*" (STJ, HC 96665/ES, 5ª Turma, Min. Jorge Mussi, jg. 15/09/2009, DJe 13/10/2009).

Portanto, devidamente amparada no conjunto probatório, temos que se faz necessário o reconhecimento da qualificadora do emprego de chave falsa, nos termos do artigo 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, o que impõe o necessário reparo na reprimenda imposta ao réu.

A pena-base foi fixada no patamar mínimo e assim finalizada, diante da ausência de agravantes ou causas de aumento e diminuição de pena.

Nestes termos, temos que apenas merece reparo, porquanto deve se adequar à reprimenda prevista para a forma qualificada do crime de furto, qual seja **02 (dois) anos de reclusão** e pagamento de **10 (dez) dias-multa**, no mínimo valor unitário.

O regime aberto não se modifica.

A substituição penal deve ser igualmente adequada à nova pena imposta, com o que, além da prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corpórea - fazendo a ressalva de que houve o aumento desta última, o

Acesso ao Sumário

que deve ser acompanhado pela restritiva -, e multa, no equivalente a 10 (dez) dias-multa, no piso.

Isto posto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso de apelação interposto pelo **Ministério Público**, para reconhecer a qualificadora do emprego de chave falsa e aumentar a reprimenda imposta ao réu **Rodrigo Esteves Camilo** ao patamar de **02 (dois) anos de reclusão** e pagamento de **10 (dez) dias-multa**, no piso, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corpórea, e multa, no equivalente a 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor unitário, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027537-06.2007.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante D.P.V., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso de D.P.V. (A.B.S.) para condená-lo a pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao artigo 159, § 1º, c.c. artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor Público, Dr. Cesar Augusto Luiz Leonardo, e usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.976)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 25 de março de 2014.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: NULIDADE - INVERSÃO À ORDEM LEGAL DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS - ARTIGO 212 DO CPP - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU.

PROVA - RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO - VALIDADE. Reconhecimento fotográfico regularmente realizado pela vítima na polícia e confirmado em Juízo é prova apta para embasar a

Acesso ao Sumário

condenação.

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - AUTORIA DELITIVA PROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA. Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agente que sequestrou a vítima, juntamente com outros agentes, e exigiu quantia a título de resgate, mantendo-a em cativeiro por período superior a vinte e quatro horas, de rigor o édito condenatório pelo crime de extorsão mediante sequestro na forma qualificada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE E REDIMENSIONAR A REPRIMENDA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 582/586, que julgou procedente a ação penal promovida pela JUSTIÇA PÚBLICA em face de **D.P.V. (ou A.B.S.)**, para condená-lo à pena privativa de liberdade de **14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso nas penas do artigo 159, § 1º, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal.**

Inconformado, apela o réu (fls. 595/617). Alega, preliminarmente, nulidade do feito porquanto não observada a regra do artigo 212 do Código de Processo Penal, uma vez que as testemunhas foram inquiridas em primeiro lugar pelo magistrado. No mérito, postula absolvição por invalidade do reconhecimento fotográfico, já que violou o artigo 226 do Código de Processo Penal. Pugna, ainda, pela absolvição por insuficiência de provas.

O recurso foi processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 619/622). A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.628/635).

É o Relatório.

Não há nulidade a ser reconhecida.

Não vinga o argumento de que houve violação ao disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, nos termos da nova redação que lhe deu a Lei nº 11.690/2008[1].

Isso porque, o fato de o douto magistrado ter iniciado as indagações às testemunhas ouvidas não configurou inversão à ordem legal ali prevista, além de não ter trazido nenhum prejuízo ao apelante.

Acesso ao Sumário

1 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Sobre o tema, **Guilherme de Souza Nucci** preleciona que a inovação introduzida pela Lei nº 11.690/2008 ao **art. 212 do Código de Processo Penal** "*não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que* '*as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que formulará à testemunha*', *agora se diz que* '*as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunhas (...)*'. *Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgotar suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente*" **(*in* Código de Processo Penal Comentado, art. 212, item 69, pp. 502, RT, São Paulo, 11ª ed., 2012).**

Nesse sentido, já entendeu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS (...) INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO CAUTELAR MOTIVADA. (...) A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado* '*cross-examination*', *no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP:* '*não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*' *(...) Ordem denegada*" **(HC 151357/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010)**

Registre-se, ainda, que a Defesa não arguiu a suposta nulidade no momento oportuno, ocorrendo, portanto, preclusão da questão. Demais disso, não se pode olvidar, também, que "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a Acusação ou para a Defesa*" (art. 563 do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Penal) o que, em nenhum momento, foi demonstrado pelo recorrente.

Afastado o pleito preliminar, passa-se à análise do mérito recursal.

Deflui dos autos que, no dia 02 de julho de 2007, na Rua ..., na comarca de ..., **D.P.V. (A.B.S.)**, previamente ajustado e com unidade de desígnios com C.C.S., J.A.F. e outros indivíduos não identificados, sequestraram a vítima *D.M.G.*, com o fim de obter vantagem no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) como condição de resgate; o sequestro durou mais de vinte e quatro horas.

Conforme apurado, a vítima estacionara seu veículo na via pública quando foi abordada por D. (A.) e outro indivíduo não identificado, que, exibindo uma arma de fogo, ordenaram que entrasse no carro. Um dos sequestradores passou a conduzir veículo, enquanto o apelante mantinha D. sob ameaça, apontando uma arma, no banco de passageiros.

A vítima foi levada até uma casa na cidade de ..., onde teve seus pertences subtraídos. Deste local, onde os sequestradores se reuniram com mais três comparsas, foi encapuzado e levado até uma casa na cidade de ..., seu cativeiro. Obrigaram-no a ligar para seus amigos e parentes e pedir R$ 100.000,00 a título de resgate. A vítima permaneceu amordaçada e amarrada sobre uma cama.

A esposa do ofendido entregou aos sequestradores a quantia de R$ 21.000,00 em ponto de encontro no bairro de ..., valor não suficiente para libertação de D.. Naquela noite, contudo, o ofendido percebeu ter sido deixado sozinho, e pulou a janela de seu cativeiro, conseguindo avisar a polícia.

Apurou-se, ainda, que o local do cativeiro foi locado por R.A.S. para o acusado C., o qual foi reconhecido pela vítima como um dos agentes responsáveis por ser o "carcereiro".

Os autos foram desmembrados em relação ao corréu J.A., que foi processado e condenado (fls. 365). C. também foi condenado pelo crime em apreço (fls. 441/446).

Diante dos elementos coligidos a demonstrar a autoria delitiva, incontroverso o envolvimento do apelante D. (A. - fls. 479/485).

Acesso ao Sumário

A vítima o reconheceu com segurança como um dos agentes o abordou e estava armado. Afirmou, ainda, que D. (A.) permaneceu com a arma apontada para sua direção enquanto estavam no carro. Aduziu, outrossim, que o apelante esteve no cativeiro e acreditava ser ele o "negociador" (fls. 61, 175 e 281/282). No segundo depoimento judicial (fls. 540/542), a vítima disse que não tinha certeza quanto ao reconhecimento pessoal de D. (A.), tendo em vista que se passaram cinco anos da data dos fatos. Entretanto, disse que o réu D. possuía as características do agente que reconheceu, e está fotografado às fls. 175.

O réu, em Juízo, negou a imputação. Disse que não sabia por que estava sendo acusado. Afirmou que, à época dos fatos, estava em Bauru. Asseverou que não conhece os corréus J.A. e C. (fls. 561/563).

Esta alegação, contudo, não foi demonstrada pela Defesa do acusado, como deveria ocorrer nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Tocante o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima quando da produção antecipada de provas, não há qualquer irregularidade a ser sanada.

Inicialmente, frise-se que a produção antecipada de provas foi determinada pela decisão de fls. 256, que também suspendeu o curso da ação penal e do prazo prescricional.

A Defensoria Pública tomou ciência desta decisão (fls. 256) e nada impugnou. Nos atos seguintes, realizados também por antecipação de provas, a Defesa tomou ciência e não se insurgiu (fls. 261; 345).

Assim, produzida mediante contraditório e ampla defesa, a prova amealhada é válida.

Ressalte-se, por fim, que é inquestionável a validade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal condenatório. Assim tem entendido, reiteradamente, a Corte Suprema:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CONFIRMADO PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS (...). ORDEM DENEGADA. I - O reconhecimento fotográfico feito, inicialmente, no inquérito policial e, depois, em juízo, foi corroborado pelas demais evidências colhidas no transcorrer da ação penal (...) II - Nessas circunstâncias, não há como afirmar que a condenação tenha se dado sem o suficiente lastro probatório (...). V - Ordem denegada" (HC 107437, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 02/08/2011).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DELITOS DE ROUBO (...). SENTENÇA FUNDAMENTADA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E NOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. (...) Observo que a sentença de primeiro grau não se baseou apenas no reconhecimento do recorrente feito em sede policial, mas, também, nos depoimentos prestados pelas vítimas. Recurso parcialmente conhecido e desprovido" (RHC 99786, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, j. 29/09/2009).

E a fotografia acostada aos autos permite clara identificação da feição do réu (fls. 175). Saliente-se que a vítima não o conhecia, não tendo motivos para incriminá-lo falsamente.

Nesse sentido, a Jurisprudência:

"(...) A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que eventuais irregularidades verificadas no decorrer

Acesso ao Sumário

do inquérito policial não contaminam a ação penal, considerando o fato de que o procedimento inquisitivo apenas se presta a fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal, podendo, inclusive, ser dispensado." (HC 185.256/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012).

Demais disso, a condenação do acusado não restou fundada apenas neste ato, mas sim no conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório.

Destarte, o conjunto probatório é farto a incriminar o apelante, que, embora negando o delito, não foi capaz de infirmar os elementos produzidos nos autos, sem conseguir explicar o reconhecimento seguro da vítima.

A condenação era de rigor.

Passa-se à análise da reprimenda.

A pena-base foi bem estabelecida na forma qualificada do artigo 159, § 1º, do Código Penal, considerando-se a duração do sequestro, superior a vinte e quatro horas, consoante as palavras da vítima, e foi fixada no mínimo legal: 12 anos de reclusão.

Em seguida, presente a agravante da reincidência (certidão de fls. 371), a reprimenda foi majorada de 1/6.

Todavia, a certidão apontada pelo magistrado (fls. 371 c.c. certidão de fls. 518/519) não é apta a configurar reincidência, tendo em vista que o trânsito em julgado daquele processo ocorreu em data posterior aos fatos tratados no presente feito.

Assim, resulta definitiva a pena de D. (A.) em **12 anos de reclusão**.

Escorreito, por fim, o regime inicialmente fechado, considerando a pena aplicada e as circunstâncias do crime cometido pelo réu, que agride, de forma intensa, a sociedade ao causar a intranquilidade pelo temor de sofrer agressões físicas nos sequestros, e a repercussão social desse crime decorre da banalização da vida em relação ao patrimônio obtido pelo criminoso.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de D.P.V. (A.B.S.) para condená-lo a pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao artigo 159, § 1º, c.c. artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009255-

50.2006.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante JOSELYR BENEDITO SILVESTRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente a Ilma. Dra. Ivete Maria Ribeiro e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. MARTINS (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2014.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Crime de responsabilidade de prefeito. Artigo 1º, II, do Decreto-Lei 206/1967. Utilização pelo recorrente de bem e serviços públicos em benefício próprio que se verificou. Servidores da Prefeitura Municipal que realizaram instalação de câmeras de segurança e promoveram conserto em linha telefônica na residência desse réu, então chefe do Executivo. Alegação a respeito de insuficiência de provas cujo desacolhimento é de rigor. Hipótese na qual sólidos os demonstrativos de caráter material e da autoria. Condenação que se mantém. Sem embargo, alteração à pena imposta que se impõe. Outrossim, afastamento de pena restritiva de direito referente à perda e inabilitação para exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco (5) anos. Portanto, recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (folhas 550 a 575) por *Joselyr Benedito Silvestre* à respeitável sentença (folhas 424 a 436) pela qual condenado em razão de infringir o artigo 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967 a cumprir cinco (5) anos de reclusão, regime inicial semiaberto, assim como à perda do cargo público e à inabilitação por cinco (5) anos para exercício correspondente, a partir da data do trânsito em julgado dessa decisão.

Esse apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) inexistir justa causa para a respectiva condenação; b) ter utilizado bens e serviços em

prol da administração pública; c) ser atípico esse imputado fato; d) a sala anexa à residência dele prestava-se a escritório para o exercício do "múnus público de Prefeito Municipal"; e) o telefone instalado nessa sala era usado com exclusividade para atendimento aos interesses da administração pública e prestação de serviços em favor da coletividade; f) não consideração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; g) por sinal, dado o volume de trabalho, executava ele, recorrente, atividades fora do expediente; h) terem as testemunhas da defesa confirmado a respeito de contato diário com ele, então prefeito, nesse local; i) constatada essa particularidade, a instalação de sistema de segurança se revelou imprescindível; j) ausência de dolo; k) inexistência de utilização de dinheiro público para pagamento de sistema de segurança ou enriquecimento ilícito; l) por sinal, os valores por esses serviços foram ressarcidos à municipalidade conforme consta dos autos de ação civil pública a cujo respeito, aliás, absolvido; m) não serem críveis os depoimentos das testemunhas da acusação, pois opositoras políticas e inimigas pessoais dele, réu; n) o ato praticado não se revestira de lesividade; o) aplicação do princípio da intervenção mínima; p) afastamento de aumento em razão de maus antecedentes dado não haver condenação criminal com trânsito em julgado; q) portanto, requerer absolvição ou para que afastada a aplicação de pena privativa de liberdade, ou, subsidiariamente, imposição de sanção no mínimo legal, regime inicial aberto e substituição por restritivas de direito.

A digna Promotoria de Justiça respondeu (folhas 578 a 585), sustentado, em resumo, não prevalecer o argumentado por esse recorrente e, assim, ser caso de manutenção dessa respeitável sentença, porquanto verificado o imputado delito e não ser caso de alteração à pena.

Houve parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 587 a 591) no sentido do improvimento desse apelo.

Sobreveio manifestação oral da ilustre defesa na sessão de julgamento contendo, em síntese, a supracitada sustentação.

É o **relatório**, preservado, no mais, o dessa decisão *a quo*.

Impõe-se dar parcial provimento ao recurso tão somente para reduzir-se a pena imposta com fixação do regime inicial aberto e substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direito.

A propósito, sólidas as provas de caráter material e de autoria referentes ao imputado delito.

Com efeito, os seguros demonstrativos de caráter material estão consubstanciados em fotografias da residência desse apelante quando realizados serviços particulares em favor dele por servidores públicos municipais (folhas 5/11), documentos pelos quais comprovadas essas condições funcionais de Marco Antonio Vona e Israel Leme dos Santos (folhas 94 e 98/106), que, aliás,

Acesso ao Sumário

estavam em horário de expediente no momento desse fato (folhas 109 e 133), bem ainda ofícios promanados de *Telefônica* mediante os quais constatada a existência de duas linhas de telefonia instaladas nessa residência, uma em nome desse réu e outra no de Elisandra Pedroso Ferreira (folhas 167/169 e 180/182).

Além disso, ajustada a essa prova material está a da autoria consistente em depoimentos de testemunhas da acusação e da defesa.

Por sinal, José Ricardo Cardoso Barreto (folhas 292, numeração em conformidade à certidão a folhas 301), sob o crivo do contraditório, revelou ter avistado na data dessa ocorrência veículo Kombi pertencente à Prefeitura Municipal de Avaré estacionado em frente à casa do réu, então chefe do Executivo. Aduziu que dois funcionários da administração pública realizavam instalações nessa residência.

Ademais, esclareceu que, em razão de desconfiança acerca de utilizações indevidas de bem e serviços públicos, solicitara a funcionário da Câmara Municipal se dirigisse à localidade e fotografasse essa prática delituosa.

Asseverou, ainda, nunca ter participado de reunião na residência do prefeito enquanto vereador, mas apenas no Paço Municipal.

Por sua vez, o depoente Cristiano Augusto Porto Ferreira (folhas 293) afirmou ser, à época, diretor-geral da Câmara Municipal de Avaré e que, após a narrativa de José Ricardo Cardoso Barreto, então presidente dessa Casa, se dirigira ao endereço informado e verificara haver escada nesse local no qual funcionários municipais faziam instalação de câmeras de vigilância.

Assegurou, também, somente ter sabido depois ser esse imóvel a residência do então prefeito, ora recorrente, no qual ele "*às vezes despachava como se fosse uma* '*extensão da prefeitura*'".

Outrossim, embora alegasse a ilustre defesa fossem esses depoentes inimigos do ora apelante, nada se comprovou a respeito. Por sinal, esse réu não apresentou informação ou documento suficiente a comprovar tivessem essas testemunhas da acusação intenção de prejudicá-lo.

Ademais, somente em relação ao depoente José Ricardo Cardozo Barreto houvera arguição de defeito. Contudo, essa testemunha assegurou ser apenas adversário político desse recorrente.

Além disso, registra-se que "*Todo e qualquer testemunho, por cediço, é de valor relativo, pouco importando a profissão, sexo, credo, grau de instrução, posição social ou outro qualificativo do testificante. Em outras palavras, é de valia aferível em face do conjunto instrutório, somente podendo ser, total ou parcialmente, desqualificado, se outros elementos do acervo probatório assim o demonstrarem ou se o* ***testemunho for prestado por inimigo capital ou parente ou amigo íntimo do acusado, ou, ainda, por qualquer pessoa particularmente interessada no resultado do julgamento, defeitos estes, porém, sujeitos a demonstração e comprovação por meio de contradita***

Acesso ao Sumário

e, conquanto assim, se o testificante, à luz do conjunto de provas, da verdade real se apartar."[1]

Logo, não há razão para se desconsiderar o conteúdo desses testemunhos.

Isso não bastasse, Marco Antonio Vona (folhas 294) afirmou ter sido contratado pela administração pública municipal à época desse fato e que fora ao imóvel do acusado para prestação de serviço. Por sinal, também revelou que "*as câmeras poderiam ter sido instaladas no dia em que foram tiradas as fotografias de fls. 05/11*".

Com efeito, esse depoente esclareceu acerca de idas a esse endereço por "várias vezes" para verificação da linha telefônica, a qual pertencia à municipalidade, e "poucas vezes para mexer nas câmeras". Aduziu saber que o réu trabalhava em casa e necessitava dessas máquinas para a respectiva segurança.

A testemunha Israel Leme dos Santos, por sua vez (folhas 295), asseverou ser contratado da municipalidade à época desse fato na função de ajudante geral. Ademais, era subordinado de Marco Antonio Vona.

Além disso, confirmou acerca de ida à casa do ora recorrente na qual "tirou um chiado" de linha telefônica, como também instalara duas câmeras de vigilância na frente desse imóvel. Esclareceu ainda a respeito de nova estada nessa residência para ajuste nas câmeras.

Aduziu, ao final, saber ser utilizado esse endereço pelo prefeito como escritório, sem, no entanto, poder revelar acerca de pessoas outras terem procurado o acusado enquanto permanecera no local para prestação desse serviço.

De outra parte, são presentes os depoimentos das testemunhas da defesa Clovis de Oliveira (folhas 296), Celso Ferreira da Silva Filho (folhas 297), Rosemaria de Goes (folhas 298) e Itamar Araújo (folhas 299), as quais narraram ter ido algumas vezes à moradia desse ora apelante, então chefe do Executivo, para despachar em relação a documentos da administração pública. Acrescentaram, por sinal, trabalhar esse ex-prefeito no Paço Municipal e também em casa.

Ainda é presente que esses depoentes, exceção a Clovis de Oliveira, o qual tomou conhecimento pela mídia, desconheciam em relação a esses fatos.

Também é de relevo que a testemunha da defesa Wagner Correa Silvestre (folhas 318) nada soube afirmar sobre esse acontecimento.

Não bastasse a sobredita prova, é ainda de consideração a declaração desse acusado à digna autoridade policial (folhas 26) a respeito de que, "*(...) fora*

Acesso ao Sumário

1 Trecho referente à apelação 0921493-28.2012.8.26.0506, relator o desembargador Ericson Maranho da 6ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 7 de novembro de 2013. Sem esses grifos e destaques no texto original copiado.

do expediente normal da Prefeitura, despacha serviços da municipalidade, bem como trata de interesses próprios do serviço público municipal, inerentes ao seu cargo, utilizando-se assim do telefone existente na moradia, no interesse da execução das atividades do município (...)"

Acrescentou ainda acerca da existência de linha telefônica nessa residência não custeada pelo Município. Por sinal, "*(...) tendo apresentado problemas de ruídos, com suspeita de escuta ilegal, solicitou os serviços do Vona, que além de comissionado na prefeitura, presta outros serviços de caráter particular (...)*".

Por outro lado, em Juízo, esse então réu preferiu manter-se em silêncio (folhas 326/327).

Assim, solidamente demonstrado está que esse ora apelante utilizasse serviços públicos para fins particulares.

Como assinalado, houve determinação a esses servidores públicos para que promovessem a verificação em linha telefônica de responsabilidade desse sentenciado, bem ainda instalassem câmeras de vigilância na respectiva residência em horário de expediente.

Contrariamente também ao sustentado pelo apelante, sólida a prova do dolo com o qual infringira o disposto no artigo 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967.

É que, ainda se verificassem também essas atuações pelo recorrente na respectiva casa, a ele não era dado utilizar os bens ou serviços pertencentes ao poder público.

Ademais, houvera determinação dele para que as informações acerca do responsável por essa linha telefônica fossem mantidas em sigilo (folhas 167, 169, 180 e 182). Portanto, tem-se sério demonstrativo a respeito do caráter privado desse bem (embora pudesse ser usado por ele também para eventual resolução de assuntos da administração pública).

Em relação às câmeras de segurança, não havia justificativa plausível, ainda que respondesse por parte do expediente em casa, para que fossem elas instaladas por funcionário público municipal. E nem sequer menção nos autos consta a respeito de que esse réu sofresse eventual ameaça. Outrossim, ainda que presente, poderia ele solicitar providências outras para a respectiva proteção enquanto prefeito.

Assim, a instalação desse maquinário no imóvel do réu - que não expressou justificação razoável para deixar de responder pelo expediente no Paço municipal - somente seria admissível mediante contratação e custeio por ele, sentenciado, em relação à prestação de serviços por empresa privada ou outra pessoa.

Isso não bastasse, é de registro trecho de aresto desta Câmara segundo o qual "*(...) a conduta dolosa nada mais é do que a plena consciência e voluntariedade da ação praticada, associada ao igual conhecimento da*

Acesso ao Sumário

produção do resultado (...)"[2], o qual, aliás, objetivado pelo agente.

Não se olvida, também, deverem os atos administrativos ter por objeto apenas o interesse público. Assim, demonstrada a utilização de bem e serviços públicos com desbordamento dos limites da legalidade, moralidade administrativa e razoabilidade, os quais previstos no artigo 37 da Constituição da República, de rigor reconhecer-se ter havido dolo nessa conduta e, por conseguinte, subsunção desse fato à norma penal supracitada.

Itera-se: seguro, assim, está reconhecer-se que o conserto de linha telefônica e a instalação de câmera de vigilância providenciados na residência desse prefeito se prestaram ao respectivo uso particular. Não se beneficiou, portanto, à coletividade.

Ainda a esse respeito destaca-se, *mutatis mutandis*, aresto do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa, em parte, é a seguinte:

"*RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. 1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU EM PARTE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. 2. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DAS NORMAS MUNICIPAIS E DO INTERESSE PÚBLICO. (...)*

2. A redação do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/1967, obriga o intérprete a verificar no Direito Administrativo a licitude da conduta imputada ao Prefeito Municipal para que, a partir de então, concluindo pela sua inadequação à norma, aperfeiçoe a subsunção do fato ao tipo penal. Será a partir desse processo de verificação da adequação típica, que poderá o hermeneuta avaliar a ofensa aos valores tutelados pela norma penal, trazendo do Direito Administrativo os conceitos de legalidade e moralidade administrativa.

3. Demonstrada que a utilização de bens e serviços da Prefeitura extrapolou os limites da legislação, bem como ofendeu a moralidade administrativa, porquanto foram empregados para auxiliar e consolidar ilegal invasão de loteamento, pertencente ao Estado de Goiás, por pessoas da relação política, familiar e de amizade do réu, então Prefeito Municipal, e, inclusive, por ele próprio, deve ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

(...)

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido."[3]

Outrossim, é de relevo haver disposição na Lei Orgânica do Município de Avaré (artigo 120 - folhas 50) pelo qual permitida a cessão a particulares,

2 Apelação 993.06.063835-1, relator o desembargador Pedro Gagliardi, julgamento em 29 de julho de 2010.

3 Recurso especial 1.162.179-GO, relator o ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgamento em 26 de junho de 2012.

Acesso ao Sumário

para serviços transitórios, de máquinas e operadores da Prefeitura, desde que inexistente prejuízo para os trabalhos do Município e haja recolhimento prévio pelo interessado de remuneração arbitrada e assinatura de termo de responsabilidade pela conservação e devolução dos bens recebidos.

Aliás, não se fez prova de que o então prefeito, ora recorrente, na qualidade de *particular* - fora dos períodos de expediente como homem público -, solicitasse essa cessão, bem ainda providenciasse o cumprimento das demais exigências descritas nessa norma jurídica.

Os demonstrativos no caso ora sob exame estão, isso sim, no sentido da utilização por esse então prefeito de bem e serviços públicos com finalidades particulares, ou seja, voltadas a interesse pessoal dele.

Ademais, não pesa argumentação acerca de inexistência de utilização de "dinheiro público" ou ressarcimento de valores, pois, em relação ao primeiro, o tipo penal trata do uso, também, de bem e serviços públicos por prefeito, o qual, consoante a prova amealhada, se verificou.

Além disso, no tocante ao ressarcimento de valores, é de relevo que este se dera em decorrência de condenação desse réu (e não absolvição como por ele argumentado) por improbidade administrativa decorrente da prática desse fato (folhas 257/288) ora a ele imputado para de responsabilização penal.

A bem ver, também, não há prova a respeito dessa efetivação e, ainda fosse ela apresentada, esse ressarcimento não eximiria o ora apelante de responder por esse delito.[4]

Destarte, de rigor manter-se a condenação desse recorrente por infringência ao artigo 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967.

No que concerne à dosimetria da pena, entretanto, a respeitável sentença comporta pequeno reparo.

A propósito, considerando ter esse réu se utilizado de dois funcionários públicos e veículo pertencente à administração pública, como também por haver sido condenado em decorrência de ação de improbidade administrativa e apresentar anteriores condenações pela prática de crimes desse Decreto-Lei e da Lei 8.666/1993, o digno juiz da causa fixou a respectiva pena-base em cinco (5) anos de reclusão.

Por sinal, tornou-a definitiva em razão da ausência de outras circunstâncias ou causas modificadoras.

Contudo, e sem embargo do respeito a essa convicção, demasiado, por isso, fixar-se essa pena-base acima do mínimo legal.

Deveras, as circunstâncias do crime não desbordaram as elementares do tipo penal.

Acesso ao Sumário

4 Nesse sentido, é de consideração, *mutatis mutandis*, apelação 01111364.3/8-0000-000 desta Câmara, relator o desembargador Ribeiro dos Santos, julgamento em 12 de fevereiro de 2008.

O número de funcionários públicos destacados para realização de serviços na residência desse agente - dois - não se revelou exagerado.

Outrossim, esses servidores se dirigiram à moradia desse acusado mediante uso de veículo pertencente ao Município.

Ademais, embora condenado em decorrência de ação relativa a improbidade administrativa (certidão: folhas 57/63 dos autos em apenso), a respectiva condenação cível não pode ser considerada circunstância judicial desfavorável a justificar, também, a fixação da pena-base acima do mínimo cominado.

Além disso, é de relevo não constar em certidões próprias sobre trânsito em julgado de anteriores condenações impostas a esse réu.

Com efeito, em relação ao processo 788/2008, cuja certidão está a folhas 97 dos autos em apenso, houve também a juntada aos autos correspondentes de cópia do acórdão (folhas 405/422) pelo qual evidenciada a manutenção por esta Corte de condenação imposta a esse recorrente pela prática de crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1999. Todavia, não há registro por documento ou em sobredita certidão (a qual somente revela até o encaminhamento dos autos ao Tribunal) de que tivesse esse aresto transitado em julgado.

Logo, não pode ser esse expediente considerado para reconhecimento de mau antecedente ou que tivesse esse acusado personalidade voltada à prática de crime.

As certidões a folhas 108, 110 e 117 dos autos em apenso também indicam a respeito da existência de sentença condenatória proferida em desfavor desse réu pela prática de delitos previstos no Decreto-Lei 201/1967.

Entretanto, e assim como no caso supradito, elas não retratam registro de definitividade dessas condenações. Por sinal, revelam acerca da interposição de recursos pela defesa, os quais dependem de respectivos julgamentos nesta Corte.

Por sua vez, o expediente a folhas 21 desses autos em apenso consubstancia informação a respeito do reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva mediante julgamento de apelação.

Deveras, reconhecida essa causa extintiva de punibilidade, não subsistem os efeitos da condenação e nem sequer pode ser ela reputada circunstância judicial desfavorável.

A certidão a folhas 44 desses autos em apenso (considerada pelo Juízo) refere-se a processo no qual, consoante documento a folhas 99, houve também reconhecimento de extinção da punibilidade em decorrência de prescrição da pretensão punitiva.

Ainda é presente que os documentos a folhas 95, 98, 102, 103, 104, 105,

Acesso ao Sumário

106, 107, 111, 113, 114 e 116, assim como anotado pelo digno juiz da causa, revelam a existência de processos em andamento.

Por sinal, a esse respeito, destaca-se o disposto na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Logo, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa-se a pena-base desse acusado no mínimo cominado.

Inexistentes outras causas ou circunstâncias modificadoras, faz-se definitiva a sanção desse ora apelante em dois (2) anos de reclusão.

Presentes essa pena privativa de liberdade e a primariedade desse apelante, substitui-se-a por duas (2) restritivas de direito (artigo 44, § 2º, parte final, do Código Penal) a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Daí, de outra parte, não se lhes conceder *sursis* (artigo 77, III, desse diploma).

Na hipótese de conversão, porquanto proporcional às especificidades do caso em foco, dever-se-á observar o regime inicial aberto (artigo 33, § 2º, *c*, do referido Código).

Ainda destaca-se que, não obstante o lapso temporal transcorrido, não está prescrita a pretensão punitiva.

Considerada a pena ora infligida, não decorreram quatro anos contados da prática desse fato (utilização indevida de bem e serviços públicos em 18 de julho de 2006, folhas 2) e do recebimento da denúncia (31 de maio de 2010, folhas 224).

Por fim, afasta-se condenação à perda de cargo e a inabilitação para o exercício de correspondente ou de função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco (5) anos, consoante o artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 201/1967.

É que esse efeito da condenação, em conformidade ao Supremo Tribunal Federal, não é automático e nem depende tão somente dos elementos objetivos do tipo penal. Por sinal, consoante trecho de ementa de aresto dessa Corte, "*'(...) ao motivar a imposição da perda de cargo, função ou mandato, o juiz deve levar em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais do agente, o grau de sua culpa, etc., para concluir sobre a necessidade da medida no caso concreto.' Doutrina*"[5]

Ademais, do mérito desse decisório constou ainda o seguinte: "*Como bem destacado por Rui Stoco (ibidem, p. 1411-1412), 'como não há perfeita correspondência entre a hipótese de perda do cargo prevista no Dec.-lei 201/67 e aquela contida no Código Penal, prevalece a lei especial, em face do princípio da especialidade, nos termos do que dispõe o art. 12 deste último estatuto*

5 Ação penal 441, São Paulo, relator o ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 8 de março de 2012. Sem esses grifos no texto original copiado.

Acesso ao Sumário

penal. Mas a perda do cargo ou a inabilitação para o seu exercício pelo Prefeito Municipal, como efeito da condenação definitiva, com base em um dos incisos da lei especial, não é de aplicação automática. Como a lei que prevê e define os crimes de responsabilidade de Prefeitos é omissa a respeito, incide o parágrafo único do art. 92 do CP, dispondo que 'os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença', por força do próprio art. 12 do CP, considerando que a omissão ou imprevisão redunda em não dispor de modo diverso, na expressão do texto citado. Não fora isso, é da tradição de nosso Direito a aplicação da 'lex mitior' aos fatos passados, por força retroativa e ultra-ativa e, para o futuro, há de prevalecer o princípio do 'favor rei', se o resultado da interpretação dos textos fosse desfavorável ao agente. Para os crimes comuns, a perda do cargo só ocorre se o funcionário receber pena superior a quatro anos, devendo a imposição ser motivada. Ora, em 13 dos 15 incisos do art. 1º do Dec.-lei 201/67, a pena prevista 'in abstrato' tem suas margens em três meses e três anos. O Prefeito Municipal condenado à pena mínima de três meses, por não ter emitido uma nota de empenho, perderá o cargo ou função pública, enquanto que um funcionário público, que no exercício do cargo se apropria de numerário de que tem a guarda, ou desvia valores ou bens e que venha a ser condenado a pena inferior a quatro anos manterá esse cargo. Aliás, mesmo que recebendo pena superior a quatro anos poderá não perder o cargo se o magistrado optar pela não imposição do efeito da condenação. Por aí já se depreende que aquele efeito da condenação não é de aplicação automática, devendo o julgador analisar cada caso concreto e, motivadamente, decidir pela sua imposição, ou não, sob pena de se cometer injustiças, premiando maus funcionários e alijando aqueles que terão praticado meras irregularidades administrativas, mas que a lei especial, por excesso de rigor, erigiu em fatos delituosos típicos'".[6]

Além disso, como assinalado, a esse réu fixou-se pena de dois (2) anos de reclusão.

Outrossim, pela menor lesividade desse fato, bem ainda, como assinalado, dado haver condenação desse recorrente trânsita em julgado em relação a improbidade administrativa a ressarcir dano ao erário, prescindível imposição desse jaez ao réu (pena restritiva de direito).

Portanto, exceção a esses reparos, desacolhe-se o alegado pela ilustre defesa (descrito resumidamente no relatório deste voto) e, assim, mantém-se a respeitável sentença, aliás, também, pelas respectivas razões, as quais, como sobredito, ora reiteradas.

Derradeiramente, é presente o parecer da douta Procuradoria de Justiça, o qual, em decorrência da supracitada fundamentação, acolhido em parte.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

É como voto.

Acesso ao Sumário

6 Sem esses grifos no texto original copiado.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0182516-37.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente LUCAS RAMOS DOS SANTOS e Impetrante LÚCIA THOMÉ REINERT, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE 1ª INSTÂNCIA DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.653)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

VOTO

A Defensora Pública Lúcia Thomé Reinert impetrou a presente **ORDEM DE HABEAS-CORPUS** a favor de LUCAS RAMOS DOS SANTOS, alegando em síntese, que o mesmo está suportando constrangimento ilegal, decorrente do arbitramento de fiança pela r. decisão que lhe concedeu liberdade provisória, apesar de incapacitado economicamente para prestá-la (fls. 02/06).

Deferida a liminar pleiteada (fls. 15), foram solicitadas as informações de praxe, vindo as mesmas para os autos às fls. 24/25.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 34/35, opinou pela concessão desta **ORDEM DE HABEAS-CORPUS**.

É o relatório.

A presente **ORDEM** deve ser concedida.

Segundo consta dos autos, o **PACIENTE** foi preso em flagrante delito à 22.09.2013, pela suposta prática de receptação.

A Autoridade Judiciária apontada como coatora concedeu-lhe liberdade

Acesso ao Sumário

provisória mediante o pagamento de fiança no valor de R$ 1.400,00.

Mas sem razão.

A fiança, segundo foi concebida, não detém o condão de reposição patrimonial, mesmo porque é ela recolhida em prol do Estado, sem qualquer repercussão na minimização do prejuízo suportado pela vítima, devendo ater-se às características próprias do crime e, principalmente, à possibilidade financeira de ser recolhida, evitando-se que o menos protegido pecuniariamente fique preso enquanto que o mais abastado seja solto. A fiança não é uma medida sócio-econômica, mas sim mero requisito processual para incutir naquele que está sendo solto uma responsabilidade patrimonial ante o delito que cometeu.

O **PACIENTE** declarou ser ajudante, razão pela qual, o valor adotado para a fiança era elevado e em virtude disto fica o mesmo afastado, entendendo-se que a liberdade provisória deferida o foi independentemente de fiança.

É entendimento deste Desembargador de longa data que o fator financeiro (fiança) não pode distinguir quem fica preso ou solto, devendo todos obter o mesmo direito indistintamente.

Presente o constrangimento ilegal representado pela manutenção do **PACIENTE** no cárcere, deve ser a ele concedida liberdade provisória.

Assim, concede-se a **ORDEM DE HABEAS-CORPUS**, para deferir liberdade provisória com a dispensa do pagamento de fiança a **LUCAS RAMOS DOS SANTOS**, ratificando-se a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 2041647-87.2013.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é paciente RICARDO MIRANDA FERREIRA MARTINS e Impetrante FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem de *habeas corpus* para declarar a FUNAP e a Defensoria Pública do Estado legitimadas a postular em favor do paciente o pedido de progressão de regime prisional, independentemente de Defensor constituído no processo de conhecimento, tornando-se definitiva a liminar concedida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.634)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e J. MARTINS.

São Paulo, 19 de dezembro de 2013.

NELSON FONSECA JUNIOR, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* - Execução Penal - Não conhecimento do pedido de progressão de regime formulado por advogado conveniado à FUNAP, sob a alegação de falta de capacidade postulatória - Impossibilidade - Atuação anterior da Defensoria Pública na fase de execução da pena - Irregularidade quanto à representação técnica que pode ser sanada no decorrer da apreciação do pedido formulado - Ordem concedida, tornando-se definitiva a liminar deferida.

VOTO

Cuida-se de ***habeas corpus*** impetrado pelo Defensor Público **Frederico Teubner de Almeida e Monteiro**, em favor de **Ricardo Miranda Ferreira Martins**, apontando como autoridade coatora o **MM. Juiz de Direito da Vara da do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Araraquara - SP**, alegando, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que foi indeferido o processamento do pedido de progressão de regime prisional formulado por advogado da FUNAP, tendo em vista que o paciente possui Defensor constituído. Argumenta que o referido patrono acompanhou apenas o processo de conhecimento e não há nos autos de execução qualquer procuração que indique constituição de advogado por parte do sentenciado, ora paciente. Salienta que a Defensoria Pública defendeu os interesses do paciente em outras oportunidades durante a execução da sua pena.

Aduz, por fim, que ainda que o paciente tivesse condições financeiras para constituir Defensor, não seria o caso de indeferimento liminar do pedido de progressão de regime, por ser a irregularidade sanável. Até porque, a Lei de Execução Penal permite que a progressão de regime possa ser iniciada de ofício pelo Juízo das Execuções.

Pede, em razão disso, a concessão da ordem para declarar a FUNAP e a Defensoria Pública do Estado legitimadas a iniciar o pedido de progressão de regime, ainda que exista advogado constituído no processo de conhecimento (fls. 01/06).

Deferida a liminar (fls. 19/20), foram prestadas informações, com documentos (fls. 25/33).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 35/38).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A ordem deve ser concedida, confirmando-se a liminar já deferida.

Conforme se depreende das informações prestadas pela autoridade coatora, o pedido de progressão de regime prisional, formulado em favor do paciente, não foi conhecido diante da ausência de capacidade postulatória da FUNAP.

Entendeu o Magistrado *a quo* que o condenado não pode ser considerado desprovido de recursos, uma vez que constituiu Defensor, o que torna o pedido contrário às disposições do artigo 134 da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 80/94 e do artigo 194 da Lei de Execução Penal.

Sucede, no entanto, que o argumento apresentado para não conhecer o pedido de progressão de regime prisional, formulado por advogado da FUNAP, restringiu ilegalmente a possibilidade de análise da concessão do benefício pleiteado pelo paciente.

Isto porque, como analisado na decisão liminar de fls. 19/20, já houve atuação da Defensoria Pública no processo de execução penal do paciente (cf. documento de fls. 17). Ainda que assim não fosse, questões concernentes à irregularidade de representação técnica podem ser sanadas a qualquer tempo pelo Juízo das Execuções.

Logo, evidenciado o constrangimento ilegal, concede-se a ordem de *habeas corpus* para declarar a FUNAP e a Defensoria Pública do Estado legitimadas a postular em favor do paciente o pedido de progressão de regime prisional, independentemente de Defensor constituído no processo de conhecimento, tornando-se definitiva a liminar concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0195182-70.2013.8.26.0000, da Comarca de Pirajuí, em que é paciente A.B.P.S e Impetrante R.B.M..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.352)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), ANGÉLICA DE ALMEIDA E BRENO GUIMARÃES.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

JOÃO MORENGHI, Relator

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Indícios de autoria e prova da materialidade. Existência, ademais, de outros fortes elementos indicadores da gravidade do crime. Elementos favoráveis ao réu. Irrelevância. Encarceramento provisório. Manutenção. Possibilidade.

- Presentes indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva, pressupostos necessários para a manutenção da custódia cautelar, *ex vi* do art. 312 do CPP, deve ser mantida a prisão preventiva do réu quando as circunstâncias da prisão, as apreensões feitas e a conduta adotada pelo acusado indicam a ocorrência da traficância - crime grave - e, além disso, não há dados que enfraqueçam os fortes elementos justificantes da prisão processual.

EXCESSO DE PRAZO. Multiplicidade de réus. Circunstância ensejadora de maior demora para o término da instrução. Constrangimento ilegal. Inocorrência.

- Em sede de excesso de prazo, quando há multiplicidade de réus, mister a flexibilização do prazo para o encerramento da instrução, uma vez que tal elemento naturalmente impinge maior demora para o término do processo.

VOTO

1. Em favor de A.B.P.S., o bel. R.B.M. impetrou o presente ***habeas corpus*** postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação.

Narra que a paciente, que está presa cautelarmente há oito meses, acusada de tráfico de drogas, pleiteou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, eis que estava no sétimo mês de gestação, no entanto o pedido foi indeferido pelo Juízo ***a quo***. Reitera agora o pedido através deste *writ*, informando que deu à luz em condições precárias, e de forma prematura. Alega que o estabelecimento prisional não possui as condições mínimas para satisfação das necessidades da paciente e de seu filho. Sustenta, ainda, a ocorrência de excesso de prazo na formação de culpa, pois se encontra encarcerada há mais de 240 dias, sem que instrução processual tenha se concluído. Evidente, assim, o constrangimento ilegal, sanável por esta ordem (fls. 2-13).

Juntados documentos comprobatórios da impetração (fls. 14-58) e

Acesso ao Sumário

indeferida a liminar pleiteada (fls. 60), prestou informações a d. autoridade coatora - Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pirajuí (fls. 64-78), com documentos (fls. 79-140).

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 142-4).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 1º de março de 2013, por volta das 21h40min, na Rua ..., cidade de ..., comarca de ..., **F.J.S., vulgo ...**, **portador do R.G. ..., qualificado a fls. 22, A.B.P.S., portadora do R.G. ..., qualificada a fls. 22, e G.A.C.P., vulgo ..., portador do R.G. ..., qualificado a fls. 23**, traziam consigo e guardavam, ilegalmente, para fins de tráfico, 0,23g (duzentos e trinta miligramas) de cocaína acondicionadas em plástico verde transparente, bem como 37,43g (trinta e sete gramas, quatrocentos e trinta miligramas) de cocaína, acondicionadas em uma 'trouxa' em plástico branco e azul e fechado com barbante de algodão, substância ilícita que causa dependência química, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (laudos de fls. 135/138 e 139/142).

Desde meados de 2012, a polícia militar vinha recebendo várias denúncias anônimas de que os denunciados, em associação, estavam comercializando drogas na cidade de ....

Houve, inclusive, informação de que G. financiava o tráfico de drogas para outros pequenos traficantes da região. A menor J.R.P.S. seria uma das usuárias de drogas que vinha mantendo contato com G.

Constatou-se, inclusive, que G. promovia o tráfico de drogas com adolescentes em troca de favores sexuais, como também agenciava o transporte de traficantes, a fim de que estes buscassem drogas em cidades da região.

Um dos fornecedores de drogas de G. é F., cunhado da adolescente J..

A., irmã de J. e amásia de F., também participa do tráfico cuidando de preparar e realizar a entrega das drogas para usuários que se deslocavam até sua residência para este fim.

Neste ponto, cabe ressaltar que, realizada interceptação da linha telefônica móvel ..., de uso do denunciado G., constatou-se o esquema criminoso em que os denunciados estavam envolvidos (v. fls. 82/124).

Durante as investigações, a polícia militar soube que, na data dos fatos, J. estaria na Praça Central onde havia acabado de realizar a venda de drogas a mando de F. e ali aguardava G. que, juntamente com F., levariam mais drogas para ela.

No local, foi identificada a testemunha D.O.R., que afirmou ser usuária de drogas e ter comprado R$ 40,00 (quarenta reais) de cocaína

Acesso ao Sumário

na casa de F. e A., momentos antes.

Realizadas diligências a fim de se localizar os denunciados, inicialmente foi abordada a adolescente J. Na posse desta, nada foi encontrado.

Em seguida, próximo ao local dos fatos, os policiais resolveram interceptar o veículo VW Parati, placas ..., de propriedade de G..

No momento em que G. assumiu a direção de seu automóvel, F. tomou o assento do banco do passageiro, ao lado do motorista.

O automóvel foi perseguido pela equipe de polícia e detido logo após, uma vez que ao notarem a presença da polícia, tentaram empreender fuga.

Submetidos à revista pessoal, foi encontrado em poder de G. um telefone celular com chip da linha alvo interceptada. Também com ele apreendeu-se um 'pino' de cocaína, escondido no interior da meia que usava, pesando aproximadamente 0,23g (duzentos e trinta miligramas). Em posse de F. foi apreendida a quantia de R$ 95,00 (noventa e cinco reais) em diversas cédulas.

Diligências foram realizadas também no interior da residência de F. e A., onde foi localizada, debaixo da pia do banheiro, 01 (uma) trouxa, envolvida em plástico azul e branco, fechado com barbante de algodão branco, contendo 37,43g (trinta e sete gramas, quatrocentos e trinta miligramas) de cocaína.

Inquiridos a respeito da procedência e destinação das drogas encontradas, os denunciados G., F. e A., reservaram-se no direito de permanecerem calados e somente se manifestarem a respeito da acusação em Juízo.

Diante dos indícios, foi dada voz de prisão em flagrante delito aos denunciados, sendo, posteriormente, todos conduzidos até a Unidade Policial de ... .

A quantidade de droga apreendida, a forma em que estava acondicionada a droga, bem como o dinheiro apreendido evidencia que a conduta dos denunciados se destinava ao tráfico ilícito de drogas.

Do mesmo modo se encontra demonstrada a associação para os fins de tráfico, já que as diligências realizadas pelos policiais dão conta de que os denunciados agiam conjuntamente no comércio ilegal.

A., amásia de G., juntamente com a adolescente J.R.P.S., auxiliavam G. na prática do delito, uma vez que realizavam a venda das drogas.

F., por sua vez, se utilizava do aparelho celular de G. para promover a administração do tráfico de drogas. Os contatos telefônicos através deste celular, entre os denunciados, eram quase diários".

A ordem não merece concessão.

Como é cediço, o sistema processual penal brasileiro, após a edição da

Acesso ao Sumário

Constituição da República de 1988, adotou o entendimento de que a regra é liberdade e a exceção é a segregação cautelar, logo, para o encarceramento preventivo há que existir decreto judicial devidamente fundamentado, no qual seja evidente a necessidade da medida.

Esta orientação é ratificada pelas recentes modificações operadas no Código de Processo Penal no que se refere à prisão processual. De acordo com as alterações realizadas pela Lei nº 12.403, de 4.5.2011, em vigor desde 5.7.2011, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, CPC).

Desta forma, restou patente que a prisão preventiva funciona como a *ultima ratio* na proteção da sociedade e do processo, somente sendo decretada quando concretamente demonstrados os requisitos de cautelaridade, o que ocorre no presente caso.

Inicialmente, conforme disposição do art. 312, última parte, do CPP, estão presentes os pressupostos da prisão processual, pois há nos autos relevantes indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, eis que a paciente foi presa em flagrante guardando drogas em sua residência.

Com efeito, as condições da prisão em flagrante (os policiais investigavam a prática de tráfico pela paciente e seus comparsas, investigação que contava, inclusive, com interceptação telefônica de número apreendido com um dos traficantes) e as apreensões feitas (37g de cocaína, além de dinheiro) indicam a ocorrência do tráfico de drogas.

Tais circunstâncias denotam, em princípio, a periculosidade da paciente, cuja segregação provisória se faz necessária para a garantia da ordem pública, que se viu seriamente abalada com a conduta delituosa e com a droga apreendida. Além disso, a impetração não trouxe nenhum elemento que pudesse enfraquecer os fortes elementos justificantes da prisão processual da paciente.

Neste passo, a presença dos predicados minimamente necessários para obtenção da liberdade provisória - tais como primariedade e residência fixa - não se prestam para alcançar o fim que se espera deste *writ*, já que não suplantam a necessidade da custódia provisória.

Inviável também a concessão da prisão domiciliar.

Em primeiro lugar, o impetrante não comprovou cabalmente suas alegações; todo o alegado não foi documentalmente comprovado e, como é cediço, é imprescindível no ***habeas corpus*** a demonstração do direito líquido e certo, uma vez que este rito demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida desde logo.

Somado a isso, como bem anotou a d. autoridade judiciária, ***in verbis***:

> "Ocorre que a novíssima Penitenciária Feminina de Pirajuí conta com boa estrutura para atender presas gestantes, assim como as mães e os

Acesso ao Sumário

filhos após o nascimento.

Nesse sentido, há ala médica com estrutura física adequada, bem como profissionais da área de saúde, capacitados para atender as necessidades da mãe e da criança.

Eventuais casos de maior complexidade são solucionados na rede regular de saúde, em Pirajuí e Bauru.

No mais, há ala específica para que, após o parto, as mães permaneçam com seus filhos, até que sejam entregues à família ou encaminhadas à casa abrigo de Pirajuí.

Aliás, saliento que na Penitenciária Feminina de Pirajuí há inúmeras presas na condição de A..

Observo ainda que, nesta Comarca, é grande a preocupação do Juiz corregedor do referido estabelecimento prisional (1ª Vara) e do d. Juiz da Infância e da Juventude (2ª Vara), para que sejam observados os melhores interesses das mães e das crianças, ressalvadas as limitações inerentes ao cumprimento de pena privativa de liberdade".

Destarte, não comprovada eventual carência de atendimento médico para a paciente e seu bebê, inviável a concessão do benefício.

Também não merece guarida o pedido de reconhecimento de excesso de prazo.

Como é cediço, em sede de excesso de prazo, o julgador deve formar seu livre convencimento a partir das características próprias do caso em apreço, visando sempre o princípio da razoabilidade.

Assim, em caso de multiplicidade de réus, mister a flexibilização dos prazos para o encerramento da instrução, elemento que naturalmente impinge maior demora no curso da instrução criminal, justificando eventual demora no processo.

Ademais, a mera superação do prazo global de 81 dias, em processo de réu preso, não gera, automaticamente, constrangimento ilegal, pois a simples soma aritmética dos prazos previstos na lei processual penal não constitui critério único e absoluto de avaliação da coação alegada, sendo imprescindível a avaliação de outros fatores, como a complexidade do feito - em especial a realização de perícia nas gravações obtidas através de interceptação telefônica (fls. 73) - também devem ser considerados, para evitar o comprometimento da ordem pública, em face da gravidade do delito cometido.

Destarte, ausente no *writ* demonstração cabal da ilegalidade suscitada e, portanto, não comprovado o alegado constrangimento ilegal, de rigor a denegação da ordem.

3. Pelo exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0187077-07.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente K.A. e Impetrante F.L.C.R.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para anular a decisão de fls. 130 e determinar que o MM. Juiz profira outra em seu lugar, fundamentada (ainda que de forma sucinta) abordando as teses de defesa pela absolvição sumária, eis que arguidas no momento adequado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16850)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), PEDRO MENIN E ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. Alegação de inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Suposta insuficiência de fundamentação do despacho que recebeu a denúncia. Não apreciação dos argumentos. Decisão que, reconhecidamente, não demanda longa fundamentação. Caso em que não apresentou qualquer fundamento pela rejeição dos argumentos tecidos pela absolvição sumária. Impossibilidade. Ainda que se reconheça que não demande longa ilação, a prolação de decisão absolutamente desprovida de fundamentação afronta o art. 93, IX, CF. Ordem concedida para anular a decisão que apreciou a resposta à acusação, com determinação de que uma nova seja proferida, enfrentando, ainda que de forma sucinta, as teses apresentadas pela defesa.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo ... F.L.C.R. em favor de K.A. alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo

de Direito da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (autos nº ...).

Sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal supostamente perpetrado pela autoridade coatora, pois teria recebido denúncia inepta em seu desfavor, "*deflagrando ação penal sem que houvesse sido apreciada tese ofertada em defesa preliminar, afrontando o princípio das decisões fundamentadas*" (fls. 2/16).

Alega que a decisão que recebeu efetivamente a denúncia, depois da resposta à acusação, deixou de apresentar qualquer fundamentação, não enfrentando as teses defensivas pela absolvição sumária do artigo 397 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, a liminar foi indeferida (fls. 132/133), mas, posteriormente, em reconsideração, concedida (fls. 186/187).

A autoridade impetrada prestou as informações necessárias (fls. 136/176), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 178/180).

É o relatório.

2. A ordem deve ser concedida, eis que a decisão de fls. 130 deixou de apreciar, ainda que minimamente, as teses defensivas apresentadas na resposta à acusação.

Posto que entenda que tal decisão dispense maior fundamentação, na esteira da jurisprudência das Cortes Suprema e Superiora, considero que a decisão, como lançada, viola frontalmente a Constituição e atenta contra o sistema processual forjado pela reforma de 2008.

Assim decidiu a autoridade impetrada, ao analisar a resposta à acusação apresentada pelo douto defensor do paciente: "*Vistos. Não configurando nenhuma das hipóteses previstas no artigo 397 do C.P.P., designo audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento para o dia 05/02 p.f., às 14:00 horas. Intimem-se e, se o caso, requisitem-se*" (fls. 130).

De plano se pode notar que se trata de decisão padrão, em momento algum mencionando qualquer particularidade dos autos. Não desprezo a imensa e injusta carga de trabalho imposta aos nobres Magistrados de primeira instância, mas considero que, sob pena de subversão do sistema processual e, em consequência, da sagrada garantia do devido processo legal, simplesmente ignorar as teses defensivas da resposta à acusação nega vigência ao rito processual delineado pela reforma operada pela Lei 11.719 de 2008.

Creio correta a fundamentação concisa, principalmente quando o defensor ataca apenas questões que devem ser reservadas ao julgamento de mérito. Entretanto, no caso dos autos, em favor de K., seu defensor alegou expressamente que haveria necessidade de absolvição sumária, argumentando longamente sobre a atipicidade evidente da conduta (artigo 397, inciso III, CPP).

Acesso ao Sumário

Nem ao menos uma palavra sobre isso foi consignada pelo Magistrado na decisão atacada.

Se a praxe superar as garantias do devido processo e da ampla defesa, levando à padronização de decisões absolutamente desprovidas de fundamentação pela rejeição da resposta à acusação, melhor seria reformar novamente o Código de Processo Penal para extirpar a necessidade de apresentação dessa peça processual.

A já mencionada jurisprudência dos C. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que é desnecessária longa fundamentação, o que não significa que o acusado tenha que se contentar com verdadeiros despachos desprovidos de qualquer menção às teses abordadas.

A título de exemplo, transcrevo excerto do voto condutor de acórdão proferido pelo Superior Tribunal, no qual ficou consignado que, embora sucinta, a decisão há de ser fundamentada: "*Assim, é na oportunidade do art. 397 do CPP que o Juiz deverá se manifestar com mais vagar sobre as teses suscitadas pelo acusado, caso alguma preliminar, exceção ou excludente de ilicitude ou de culpabilidade sejam suscitadas em defesa prévia para contestar a admissibilidade* ab initio *da persecução penal, ou verificar a possibilidade de absolvição sumária, caso presentes as circunstâncias autorizadoras descritas no referido artigo do CPP; mas, ainda assim, em caso de prosseguimento da Ação Penal, essa manifestação não há de ser exaustiva, pois se trata, ainda, de fase de mero juízo perfunctório sobre a acusação, sob pena de indesejável antecipação do julgamento do mérito da causa*" (HC 150925/PE, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 15/04/2010, v.u.).

Diferente seria se a argumentação levantada fosse toda de mérito, ou no caso de não tocar a possibilidade de absolvição sumária.

Diante disso, reputo necessário conceder a ordem para anular a decisão de fls. 130 e determinar ao culto Magistrado que uma nova seja proferida em seu lugar, desta vez apreciando, ainda que de forma minimamente fundamentada, as teses defensivas entretecidas na peça apresentada pelo defensor, pois não se mostram exclusivamente ligadas ao mérito da ação penal, mas trazem matéria de absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal.

3. Por tais fundamentos, pelo meu voto, concedo a ordem para anular a decisão de fls. 130 e determinar que o MM. Juiz profira outra em seu lugar, fundamentada (ainda que de forma sucinta) abordando as teses de defesa pela absolvição sumária, eis que arguidas no momento adequado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0203268-30.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente M. S. C., Impetrantes J.G.P.J. e M.L.E..

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.960)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 12 de março de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: "*Habeas corpus* - Paciente denunciado como incurso nos artigos 157, § 2º, incisos I e II e artigo 288, ambos do Código Penal.

Liberdade provisória - Inadmissibilidade - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

O argumento utilizado pelos impetrantes de que o paciente é pessoa íntegra, portador de bons antecedentes, que possui residência fixa e ocupação lícita não é fator impeditivo da custódia cautelar.

Excesso de prazo na formação da culpa - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Audiência de instrução, debates e julgamento redesignada para o dia 03.04.14 - Não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo na formação da culpa decorre de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo - Aplicação do princípio da razoabilidade.

Ordem denegada."

VOTO

Os advogados **J.G.P.J. e M.L.E.** impetram a presente ordem de "*habeas corpus*", com pedido liminar, em nome do paciente **M. S. C.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal da comarca da Capital, a quem afirmam a prática de constrangimento ilegal. Alegam, em síntese, que o paciente encontra-se preso desde 01 de outubro de 2013, pela

Acesso ao Sumário

suposta prática dos crimes previstos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II e 288, ambos do Código Penal. Informam que o paciente é pessoa íntegra, portador de bons antecedentes, que possui residência fixa e ocupação lícita, razão pela qual faz jus ao benefício de liberdade provisória, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Asserem que estão ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal. Revelam que de acordo com o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva é medida extrema e somente poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por uma das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, com alterações da nova legislação. Argumentam com o princípio da presunção de inocência. Contam que o paciente teve indeferido o pedido de liberdade provisória, o que configura ilegal constrangimento. Atestam que a gravidade em abstrato do delito não pode servir de justificativa para a manutenção da custódia cautelar do paciente. Apontam que há excesso de prazo na formação da culpa, pois até a data da presente impetração ainda não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento. Trouxeram à colação julgados a respeito do tema. Requerem, por fim, a concessão da liminar para que o paciente possa aguardar o desenrolar do processo em liberdade, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

Indeferida a liminar pleiteada (fls. 148/150), vieram aos autos as informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 154), que fez juntar documentos essenciais do processo.

Após, veio o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que pugna pela denegação da ordem (fls. 163/166).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

A ordem rogada em favor de M.S.C. é de ser denegada, pois ausente o apontado constrangimento ilegal.

Trata-se de paciente denunciado como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II e artigo 288, ambos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Pretendem, os impetrantes, com o presente remédio heróico, a concessão da ordem para que o paciente possa aguardar o desenrolar do processo em liberdade.

Preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal, o paciente teve indeferidos os pedidos de liberdade provisória (fls. 145 e 160).

A alegação de que inexistem indícios que pudessem justificar a segregação provisória do paciente não merece prosperar, visto que a prova acostada aos autos descreve fatos que, em tese, caracterizam ilícito penal, sendo que há, até o momento, indícios plausíveis que justificam o movimento do aparato judicial

na presente ação penal.

Da mesma forma, a alegada ausência de fundamentação da custódia cautelar, ante a genérica repetição dos termos da lei, também não procede. Como é cediço, a fundamentação do decreto ou da denegação da prisão preventiva é obrigação do juiz, imposta pela Constituição Federal, de emitir, sempre, decisões fundamentadas (artigo 93, IX), especialmente a que determina a prisão de alguém (artigo 5º, LXI). Contudo, entendo ser desnecessária a fundamentação extensa do decreto de prisão preventiva, desde que sejam compreensíveis os motivos alegados pelo juiz e encontrem respaldo na prova coletada no inquérito ou no processo, como no caso "*sub judice*".

Nessa ótica é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PECULIARIDADES DO CASO. I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007). (...) Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007).* ***Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva*** *(RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007). (...) IV - Outrossim, condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantirem a revogação da prisão preventiva, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar (Precedentes). Ordem denegad*a" (STJ - HC nº 125.059/GO - Quinta Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - DJe 03/08/2009).

Não há que se invocar o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII, da CF, uma vez que este não comporta interpretação extrema e nem aplicação ilimitada, continuando o Estado com os meios processuais para garantir a ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão.

O argumento utilizado pelos impetrantes de que o paciente é pessoa íntegra, portador de bons antecedentes, que possui residência fixa e ocupação lícita não é fator impeditivo da custódia cautelar.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"*A manutenção da custódia preventiva do Paciente encontra-se*

Acesso ao Sumário

suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso pois, pelas características delineadas, configura-se in concreto a periculosidade do agente. Necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública. ***Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não têm o condão de, por si sós, desconstituírem a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema***" (STJ - HC nº 141.788/SP - Quinta Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - DJe 23/11/2010).

No mais, insta salientar que o paciente está sendo acusado da prática de crime grave - roubo duplamente majorado - que atemoriza a sociedade, a qual clama por justiça e segurança. Nesse contexto, a nosso ver, é plenamente possível levar em consideração a gravidade do delito para justificar a garantia da ordem pública. Aliás, a garantia da ordem pública deve ser verificada pelo binômio gravidade da infração e repercussão social. Quando o crime é grave, de particular repercussão, como no caso em tela, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciam àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabendo, por isso, ao Judiciário, determinar o recolhimento do agente.

Sobre este aspecto vale demonstrar o entendimento jurisprudencial:

"*Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso,* ***a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário***" (STF - HC nº 83.868/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 17/04/2009).

Em igual prisma, admitindo que se leve em conta a gravidade do delito para a decretação da prisão preventiva, está o magistério de Antonio Magalhães Gomes Filho, ressaltando, inclusive, que a gravidade é constatada pela natureza da pena abstratamente cominada e permite que, quanto a esse ponto da decisão, a motivação do juiz seja implícita.[1]

A respeito do tema, a doutrina tem ensinado que:

"*Não há dúvida de que certos tipos penais, como o latrocínio, o homicídio, o seqüestro, o roubo, o tráfico de entorpecentes, os crimes sexuais e tantos outros nos quais a falta de escrúpulos, o desrespeito ao ser humano, a perversidade e a insensatez se fazem presentes, hão de merecer tratamento severo, impondo a segregação de seus autores, mesmo que seja para a preservação específica*." (Martins, Jorge Henrique Schaefer - Direito Penal no futuro: paradoxos e projeções - RT 773/446).

Na esteira de tais considerações, cabe referir que o Pretório Excelso tem

Acesso ao Sumário

1 "A motivação das decisões penais", p.221.

deixado assentado que "*o juiz, na interpretação da legislação penal, há de encontrar-se atento à realidade dos fatos e ao momento presente, não podendo deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando de maneira quase incontrolável, alarmando a população e intranqüilizando as famílias*" (RHC nº 65.501-7 - Rel. Min. Aldir Passarinho - RT 632/362).

Convém destacar que um dos delitos imputados ao paciente (roubo duplamente qualificado) prevê, no tipo básico, pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que justifica o decreto da custódia cautelar do acusado, a teor do disposto no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, de modo que se torna inviável a aplicação de quaisquer das medidas cautelares elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Sustentam, ainda, os impetrantes, que há excesso de prazo na formação da culpa, pois até a data da presente impetração ainda não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento.

Cumpre ressaltar que, embora o paciente esteja preso há mais de 81 (oitenta e um) dias, tal prazo é, sabidamente, fruto de criação jurisprudencial e, por isto mesmo, não tem o caráter peremptório, o que significa que sua superação não implica na automática liberação do acusado.

A orientação jurisprudencial que sufragava prazo para o encerramento da instrução criminal restou superada, prevalecendo atualmente, a esse respeito, a aplicação do princípio da razoabilidade, que ensina que o excesso de prazo é de ser aferido caso a caso, em função das circunstâncias específicas de cada processo.

Segundo informações obtidas junto à funcionária K.F. - matrícula nº 812.606, lotada no 9º Ofício Criminal da comarca da Capital, a audiência de instrução, debates e julgamento marcada para o dia 06 de março de 2014 foi redesignada para o próximo dia 03 de abril de 2014, às 13h30min, oportunidade em que o paciente poderá ser julgado.

Destarte, tão-só quando a demora no término da instrução criminal decorra de desídia ou omissão do magistrado, de ato da acusação ou, ainda, de falha cartorária, é que se pode ter por devidamente caracterizado o constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo.

Nesse sentido o v. acórdão *in* RSTJ, vol. 14, p. 93, ensina que: "*não sendo comprovadamente imputável ao Juiz processante o alegado excesso de prazo, não há como configurar-se o constrangimento ilegal ensejador da impetração*".

Importante mencionar que não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo na formação da culpa decorre de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo.

Acesso ao Sumário

Há de ser aplicado, em caso como o dos autos, o critério da razoabilidade, tendo-se em vista o grande número de feitos distribuídos e a complexidade cada vez maior das demandas.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"*HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO QUE NÃO É EXACERBADO, TAMPOUCO, INJUSTIFICADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INSTRUÇÃO ENCERRADA, EM FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 52 DO STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. In casu, ainda que se vislumbrasse o atraso exacerbado na condução do feito - o que não é o caso -, foram declinadas razões suficientes pelo MM Juízo processante para justificar o não-encerramento da fase instrutória. 2.* ***Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado à luz do princípio da razoabilidade****, principalmente, diante de feitos complexos, com necessidade de expedição de carta precatória, como na espécie. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Verificado que a instrução encontra-se encerrada, estando na fase das alegações finais, resta superada a alegação de excesso de prazo, nos termos da Súmula n.º 52 desta Corte Superior. 4. Ordem de habeas corpus denegada*" (STJ - HC nº 241.960/SP - Quinta Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - DJe 14.09.2012).

Destarte, a manutenção da custódia do paciente deve ser mantida, pois presentes os requisitos da cautelaridade da segregação, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Por fim, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, denega-se a ordem de "*habeas corpus*" impetrada em favor de **M.S.C.**, nos termos acima descritos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0204584-78.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente G.R.W., Impetrantes M.Z.M., D.D.C. e R.P..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, trancar a ação penal nº ..., em trâmite na ... Vara Criminal do Foro Central da comarca de

São Paulo ajuizada contra o paciente G.R.W.. V.U. Compareceu o Dr. R.P.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8489)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), ANTONIO LUIZ PIRES NETO e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 17 de março de 2014.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: TRANCAMENTO DAAÇÃO. Possibilidade. Ausência de justa causa. Inteligência do artigo 395, inciso II, do CPP. Ordem concedida.

VOTO

Vistos, etc...

Impetra-se a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **G.R.W.**, sob alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal, partido do MM. Juízo da ... Vara Criminal da comarca de São Paulo.

Segundo consta da impetração, o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 303 e 306, *caput*, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), tendo o MM. Juiz rejeitado a peça vestibular com relação ao delito tipificado no artigo 303 do CTB e a recebido no tocante à prática de embriaguez ao volante.

Insurgem-se contra essa r. decisão.

Alegam os n. impetrantes, em síntese, que os fatos são anteriores à vigência da Lei nº 12.760/12, e que, no caso em concreto, o paciente não foi submetido aos exames de sangue ou bafômetro não sendo, assim, possível se constatar a existência de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas.

Aduzem, também, que a Lei nº 12.760/12, que entrou em vigor no dia 20 de dezembro de 2012, não pode ser aplicada ao caso concreto em homenagem ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Asseveram, portanto, que os elementos de informação existentes nos autos (depoimentos de testemunhas e laudo clínico do IML) não são hábeis à comprovação da materialidade delitiva.

Diante disto, requerem os n. impetrantes, liminarmente, a suspensão imediata do prosseguimento da ação penal nº ..., eis que presentes o *fumus boni iuris* (consistente na violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa) e o *periculum in mora* (eis que a serventia do MM. Juízo já expediu carta precatória para a citação do paciente, a fim de que este apresente sua

Acesso ao Sumário

resposta à acusação). No mérito, pleiteiam o trancamento da ação penal por falta de justa causa, pois ausente a materialidade delitiva.

Deferida a liminar (fls. 89/91), prestadas as informações de estilo, para que seja concedida parcialmente a ordem, foi o parecer ministerial de fls. 124/127.

É o relatório.

A D. Autoridade, apontada como coatora, informou que a denúncia foi rejeitada no tocante ao crime previsto no artigo 303, "caput", da Lei nº 9.503/97, por ausência de representação e recebeu-se com relação ao delito previsto no artigo 306, "caput", da Lei nº 9.503/97, oportunidade em que se determinou a citação do paciente.

O feito aguardava a citação do paciente quando foi concedida a medida liminar e suspendeu o prosseguimento da ação.

Observa-se, inicialmente, que à data dos fatos, o tipo penal previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro exigia, para sua configuração, que houvesse prova da dosagem mínima de álcool no sangue do agente, o que, no caso concreto, não foi possível fazer, ante a recusa do paciente em se submeter ao teste do etilômetro ou a fornecer sangue ou urina para exame de dosagem alcoólica.

É certo que a Lei nº 12.760/12, alterou a redação do referido delito, mas não pode a mesma retroagir, eis que se mostra mais gravosa para o paciente.

Diante disto, forçoso reconhecer que diante da ausência de materialidade delitiva não há justa causa para a mantença da ação penal, devendo a mesma ser trancada.

Note-se que a douta Procuradoria Geral de Justiça sustentou que "*o artigo 34 da LCP deve funcionar como um soldado de reserva para os casos em que não se aplica o artigo 306 do CTB, por falta de prova do grau de embriaguez do agente*", porém referido pleito deve ser rechaçado.

Observa-se que peça vestibular, em momento algum, descreveu em que consistiu a conduta do réu de expor em perigo a segurança alheia ao dirigir seu veículo automotor, pelo contrário, afirmou referida inicial, que o paciente estava com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Há a considerar que o simples fato de o sujeito dirigir veículo em via pública em estado de embriaguez (o que no caso concreto se admite apenas pelo amor ao debate) não configura a contravenção de direção perigosa, exigindo-se que da conduta resulte perigo concreto. Trata-se de infração de perigo concreto necessitando de demonstração de que o sujeito, com o seu comportamento, expôs realmente a segurança alheia a perigo de dano, sendo neste sentido os julgados (RT, 416:270, 429:430, 537:333, JTACrimSP, 26:291 e 28:262).

Acesso ao Sumário

E, ainda que assim não fosse, entende este relator que referido artigo 34 da LCP foi derrogado, pois o Código de Trânsito Brasileiro, em vigor desde 23 de setembro de 1997, procurou disciplinar na maior completude possível e de modo sistemático as normas concernentes ao tráfego de veículos automotores nas vias terrestres brasileiras, assim o Código de Trânsito Brasileiro além de prever condutas mais específicas nos seus artigos 306, 308 e 311 do que a prevista no artigo 34 da LCP, procurou, ainda, positivar regulação plena aplicável às condutas ocorrentes no trânsito, mantendo-se, no entanto, presentes no artigo 34 da LCP algumas condutas como direção perigosa de embarcação e todos os comportamentos de direção perigosa de veículo automotor com exceção dos já mencionados artigos 306, 308 e 311 do CTB.

Posto isto, concede-se a ordem para, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, trancar a ação penal nº ..., em trâmite na ... Vara Criminal do Foro Central da comarca de São Paulo ajuizada contra o paciente G.R.W..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0200153-98.2013.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é paciente ROGER PALMA e Impetrante GILBERTO VIEIRA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.609)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SAN JUAN FRANÇA (Presidente sem voto), CARDOSO PERPÉTUO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 20 de março de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Concussão – Prisão preventiva – Circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade da segregação – Notícia de outra coação por parte do paciente – Maior censurabilidade da conduta – Garantia da ordem pública – Risco à instrução criminal. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

O advogado Gilberto Vieira impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de ROGER PALMA, aduzindo constrangimento ilegal atribuível ao MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, no processo nº 3028977-37.2013.8.26.0602.

Diz que o paciente está sendo processado pela prática de concussão e usurpação de função pública e, apesar da inexistência de provas que sustentem a imputação e da ausência de demonstração concreta da existência de risco à ordem pública, ao bom andamento e à efetividade do processo, encontra-se indevidamente custodiado por força de decisão que reputa imotivada, sem sequer atentar para as condições pessoais extremamente favoráveis por ele ostentadas, configurando constrangimento ilegal que requer sanado com a concessão da ordem, revogando a constrição (fls. 02/18), instruindo a inicial com documentos (fls. 19/22).

Denegada a liminar (fl. 24), foram prestadas as informações de praxe (fl. 28), com cópias atinentes ao feito (fls. 29/63), tendo o impetrante peticionado memoriais, alegando a ocorrência de flagrante preparado (fls. 65/88).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 102/109).

É o relatório.

O pedido é improcedente.

Pese superado pela convolação da custódia, de nenhuma irregularidade se ressente o auto de prisão em flagrante, que está formalmente em ordem, portanto, não comportando o relaxamento requerido.

Somente após iniciado o delito, o paciente foi detido pelos policiais (fls. 36/37, 39/40, 41/42, e 43).

A respeito do tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> "O flagrante preparado se distingue do flagrante esperado. No flagrante preparado, desvirtua-se a atividade que tenha sido desenvolvida pelo infrator, nos seus aspectos fundamentais da espontaneidade do querer, exclusividade da ação e autenticidade dos fatos. No flagrante esperado, a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração. Procura colhê-la ou frustrá-la na sua consumação" (RHC – Rel. Alfredo Buzaid – DJU 05.08.1983, p. 11.245).

Demais disso, o crime de concussão, que muito se assemelha à extorsão – só que praticada pelo funcionário público contra o particular que cede ou virá ceder *metu publicae potestatis* (TJSP – AC – Rel. Djalma Lofrano – RT 472/309), é formal, configurando-se com a simples exigência, não exigindo resultado naturalístico, consistente no benefício almejado pelo agente.

Acesso ao Sumário

Assim:

"*Concussão. Importância em dinheiro exigida da vítima por investigador para evitar a instauração de inquérito policial. Prática de delito de concussão, com abuso da qualidade de funcionário público. Crime estruturalmente formal que se exaure com o simples ato de exigir vantagem indevida. Delito comprovado na espécie* (TJSP – AC – Rel. Felizardo Calil – RJTJSP 19/448-449).

No mesmo sentido: STF: RTJ 174/245; TRF4: RT 802/714.

Inatendível, igualmente, o pedido de revogação de sua custódia.

O crime imputado é apenado com reprimenda superior a quatro anos (artigo 313, I do CPP).

De outra parte, há o juízo de suficiente suspeita aferido da prova oral até aqui colhida (fls. 36/47).

Adentrar mais que isto na prova importaria no exame valorativo e aprofundado de questões fáticas, impróprio ao rito procedimental do *habeas corpus*, marcado pela cognição sumária de matéria exclusivamente de direito, o qual tampouco permite tecer quaisquer considerações quanto à impropriedade da capitulação, meramente provisória, adotada na denúncia.

Além disso, sua segregação está devidamente justificada:

"(...) Os crimes descritos no auto de prisão em flagrante não se revestem de violência ou grave ameaça, porém, demonstra a falta de respeito a figura do estado, por um de seus servidores, de modo que se torna necessária a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar eventual aplicação da lei penal, eis que, se oferecida a denúncia e condenado ao final, o regime inicial seria o fechado. Ademais, por conveniência da instrução, repita-se, caso instaurada a ação penal, igualmente impõe-se a subsistência da prisão, dada a necessidade de se preservar as testemunhas e, eventual, desvirtuamento da prova do delito. Ante o exposto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, na forma prevista no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, revelando-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão e, em consequência, indefiro o pedido de liberdade provisória." (fl. 20).

Andou bem.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação da decisão constritiva, ressalte-se que o requisito da motivação materialmente se consubstancia na possibilidade das partes entenderem as razões da decisão judicial.

E no caso, a decisão impugnada contém fundamentação suficiente, adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado.

Acesso ao Sumário

A gravidade concreta do crime considerado revela a necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública de outros fatos semelhantes.

Na espécie, cuida-se de infração gravíssima praticada por agente penitenciário que se fez passar por policial civil, o que, além de gerar intranquilidade e temor social, põe em descrédito a instituição da polícia judiciária e de toda a Segurança Pública o que, por si só, já é suficiente para legitimar a custódia cautelar.

De fato, o desprezo pela função pública e, por conseguinte, pela população a quem deveria servir justifica, *in casu*, a necessidade da custódia.

Não bastasse, ao que parece, este não é um episódio isolado em sua vida, tendo a denúncia referido a prática anterior da mesma espécie do delito em comento (fl. 31), indicativo que traduz inclinação à prática deste tipo de crime.

Impende, ainda, considerar que consta dos autos a notícia de emprego de arma para intimidação da vítima e, ao que se dessume de seu depoimento (fl. 46), foi suficiente para amedrontá-la, deixando entrever a real probabilidade de, em liberdade, possa nela incutir temor potencialmente suficiente para interferir na instrução criminal.

Ressalte-se, ainda, que não há incompatibilidade entre o princípio da presunção da inocência e a prisão provisória, não sendo por outro motivo que tanto aquele quanto esta estão disciplinados na Carta Magna (incisos LVII, LXI e LXVI, do artigo 5º da Constituição Federal).

Assim, uma vez demonstrada a necessidade da prisão preventiva e não havendo circunstâncias suficientemente demonstradas para modificá-la, afastada está a concessão de liberdade provisória e, por consequência, a análise do cabimento de medidas cautelares alternativas.

Ante o exposto, denegaram a ordem.

Procedimentos Investigatórios do MP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório do MP (Peças de Informação) nº 0094464-02.2012.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que, é sindicado DARCY DA SILVA VERA (PREFEITA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Determinaram o arquivamento do procedimento investigatório, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 3275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente), WILLIAN CAMPOS, EDISON BRANDÃO E LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2014.

IVANA DAVID, Relatora

Ementa: INQUÉRITO - PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO PARA APURAÇÃO DO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA E CRIME DE RESPONSABILIDADE (CP, ART. 330; DECRETO-LEI Nº 201/67, ART. 1º, XIV) - VEREADORES DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, QUE TERIAM NEGADO CUMPRIMENTO A SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO POPULAR, DETERMINANDO A DEVOLUÇÃO DE VALORES ILEGALMENTE RECEBIDOS A TÍTULO DE AJUDA DE CUSTO, *JETONS* E SESSÕES EXTRAORDINÁRIAS - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA RESULTANTE DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE UM DOS INVESTIGADOS, ELEITO PARA O CARGO DE PREFEITO - SUPERVENIÊNCIA, TODAVIA, DE ATOS DA MESA DA CÂMARA MUNICIPAL QUE IMPUSERAM O DESCONTO MENSAL DOS VALORES RECEBIDOS, ANTES MESMO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL - QUITAÇÕES DOS VALORES COMPROVADAS, COM RESSALVA RELATIVAMENTE A UM DOS INVESTIGADOS - DELITO DO ARTIGO 1º, XIV, DO DEC.-LEI 201/67 PARA O QUAL SE EXIGE A COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO, AUSENTE NA HIPÓTESE, NÃO RESTANDO TIPIFICADO, TAMPOUCO,

Acesso ao Sumário

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP) - PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA - CRIMES NÃO COMPROVADOS NO INQUÉRITO - DETERMINAÇÃO DE ARQUIVAMENTO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Cuida-se de procedimento investigatório, visando à apuração da prática dos delitos descritos no artigo 330, do Código Penal e do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67 - desobediência e crime de responsabilidade, por Darcy da Silva Vera, depois eleita para o cargo de Prefeito Municipal, e outros, Vereadores do Município de Ribeirão Preto, que teriam negado cumprimento à sentença proferida nos autos da Ação Popular nº 2039/2001, confirmada por acórdão desta Corte de Justiça (Apelação Cível nº 336.821.5/0-00, rel. Laerte Sampaio, j. em 27.2.2007), a qual reconheceu vício constitucionalidade na Lei Municipal nº 8.949/2000 e determinou a devolução de valores recebidos pelos investigados a título de ajuda de custo, *jetons* e sessões extraordinárias, tudo corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora.

A d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo arquivamento dos autos, à exceção do investigado José Alfredo de Carvalho (fls. 354/358).

É o relatório.

Impõe-se acolher o pedido de arquivamento.

Em fevereiro de 2003, foi instaurado, pela Promotoria de Justiça Criminal de Ribeirão Preto, procedimento investigatório destinado à apuração da notícia de prática de "*crime contra a administração pública*", pelo então Presidente da Câmara do Município, Donizete de Carvalho Rosa, e pelos Vereadores da Casa (Amauri de Souza, Cícero Gomes da Silva, Darcy da Silva Vera, Joana Leal Garcia, Jorge Eduardo Parada Hurtado, José Antônio Corrêa Lages, José Carlos Sobral, José Nillo Couraci Neto, José Roberto Scandiuzzi, Leopoldo Paulino, Luiz Felipe Tenuto Rossi, Luiz Geraldo Dias, Luiz Roberto Alvez Cangussu, Merchó Costa, Nicanor Antônio Lopes, Paulo César Saquy, Silvana Aparecida Resende, Silvio Geraldo Martins Filho, Waldir Domingos Villela, Walter Gomes de Oliveira), que teriam descumprido, reiteradamente, sentença proferida em Ação Popular (nº 2039/2001), porque receberam valores a título de ajuda de custo, "*jetons*" e sessões extraordinárias, já reconhecidos pelo Poder Judiciário

Acesso ao Sumário

como ilegais.

Não obstante, em face de constatação de que a referida decisão judicial era, à época, objeto de recursos, recebidos em ambos os efeitos (v. fls. 200), aguardou-se o trânsito em julgado, verificado, afinal, com a publicação do acórdão desta Corte de Justiça (Apelação Cível nº 336.821.5/0-00, rel. Laerte Sampaio, j. em 27.2.2007) (v. fls. 311/328), sem embargo do manejo de recursos especial e extraordinário, não admitidos (fls. 330/353; 361 e verso; 375 e verso).

No curso do procedimento, anota-se que em virtude das eleições municipais de 2008, uma das pessoas investigadas - Darcy da Silva Vera - foi eleita para o cargo de Prefeito Municipal (v. fls. 380/383), e a competência para o processamento passou a ser desta e. Corte de Justiça, a teor do disposto no artigo 74, inciso I, da Constituição Estadual. E verificando-se a continência, assim também passou a ser com relação aos demais investigados, na esteira da construção da jurisprudência (Inquérito nº 2.424/RJ, rel. Cezar Peluso, DJe de 26/3/10; Inquérito-QO nº Inq 2.245/MG, rel. Joaquim Barbosa, j. em 6.12.2006).

A Fazenda Pública Municipal de Ribeirão Preto prestou esclarecimentos (fls. 405/409), e com o necessário registro, aqui, de equívoco na numeração das peças a partir do 3º volume, foram ouvidos o autor da ação popular (Fernando Chiarelli) e os vereadores Luiz Geraldo Dias e José Alfredo de Carvalho, o primeiro a dizer que havia já devolvido a totalidade das quantias percebidas, e o segundo, a questionar a obrigação de devolução e noticiando a interposição de recurso, do qual aguardava julgamento (fls. 247, 261 e 340).

Vieram aos autos, então, informes no sentido de que logo após a propositura da Ação Popular nº 2039/2001 - cujo alegado descumprimento da sentença proferida ensejou a instauração do presente inquérito - a Mesa da Câmara Municipal de Ribeirão Preto fez aprovar o Ato nº 403, de 23 de agosto de 2001, a determinar a suspensão dos pagamentos dos valores referentes a sessões extraordinárias e o desconto mensal daqueles anteriormente pagos (v. fls. 282/283), aprovando-se, ainda, em 1 de setembro de 2006, o Ato nº 588, que determinou, também, o desconto em parcelas mensais sucessivas, na folha de pagamento dos investigados, da dívida remanescente (v. fl. 279/289).

E cumpridas aquelas determinações, como dá conta o demonstrativo de fls. 290/330, a Secretaria da Fazenda do Município fez expedir as certidões de nº 60/2013, 444/2013 e 445/2013, a comprovar a quitação dos valores (fls. 331/336).

Enfim, a prova produzida é no sentido de que os valores ilegalmente

Acesso ao Sumário

percebidos pelos investigados - inclusive, a Prefeita Municipal - foram devolvidos mediante desconto mensal nos seus subsídios, à exceção do ex-vereador José Alfredo Carvalho, que declarou não ter obedecido ao regramento do Ato da Câmara nº 588/2006, questionando-o judicialmente.

Com efeito, porque a conduta tipificada no inciso XIV do artigo 1º do Dec.-lei 201/67, referido é aquela de "*negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente*".

Sobre tal ilícito, já advertiu a Corte Suprema que "*o dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República*" (Int. Federal - QO nº 590/CE, rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.9.1998).

Mas para a caracterização do delito, se afigura imprescindível o dolo específico, vale dizer, a vontade livre e consciente de não cumprir com a decisão judicial (Inquérito nº 507/DF, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 17.12.1993).

Por seu lado, no que toca ao crime de desobediência, é certo que o tipo legal pressupõe a obrigação de cumprimento da ordem expedida, exigindo-se, também, o dolo da conduta.

E no caso, desse elemento subjetivo do tipo não se tem prova escorreita, porquanto, em primeiro lugar, não se poderia falar em crime de responsabilidade - ou desobediência - antes do trânsito em julgado da sentença que declarou ilegal o recebimento das quantias, e ademais, porque, como já consignado, a Câmara Municipal decidiu, já dois dias após a propositura da Ação Popular nº 2039/2001, arrimando-se em "*estudos jurídicos*" em andamento (v. fl. 282), pela devolução daqueles valores recebidos pelos investigados.

Acesso ao Sumário

Destarte, não se comprovando nos autos deste procedimento investigatório a recusa injustificada no cumprimento de decisão judicial, crime de responsabilidade ou de desobediência não ocorreu, por isso que veio a manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça no sentido do arquivamento.

Diante do exposto, determino o arquivamento do presente inquérito, observadas as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal, remetendo-

se os autos à origem para apuração da conduta do investigado José Alfredo de Carvalho.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0029619-45.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é recorrente/querelante DONISETE PEREIRA BRAGA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, querelados GEORGE GARCIA e BRUNO JOSÉ DANIEL FILHO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A HONRA. REJEIÇÃO DE QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 51/54 e Declaração de fls. 81, proferida pela Ilustre Magistrada TERESA CRISTINA CABRAL SANTANA RODRIGUES DOS SANTOS, acrescenta-se que a **QUEIXA-CRIME** envolvendo as partes supra mencionadas foi **REJEITADA** pela ausência de demonstração da justa causa necessária para tanto.

Inconformado, tirou o RECORRENTE o presente **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, objetivando, em apertada síntese, o recebimento daquela **QUEIXA-CRIME**, apontando a existência da justa causa para tanto, posto que há a possibilidade da prática de um crime contra a sua honra (fls. 63/68).

Acesso ao Sumário

Pelo r. despacho de fls. 69, foi o presente recurso recepcionado, mantendo-se a r. decisão proferida.

Os RECORRIDOS apresentaram as suas contrarrazões, argumentando, também em breve síntese, a inexistência de justa causa, posto que nenhum crime foi perpetrado contra a entrevista formulada por BRUNO JOSÉ e veiculada a terceiros por GEORGE (fls. 86/91 e 95/99).

O **MINISTÉRIO PÚBLICO**, na manifestação de fls. 101/104, opinou pela manutenção da r. sentença proferida no tocante a GEORGE, que agiu dentro dos limites jornalísticos livres, sendo ele jornalista, mas aguardava o provimento quanto a BRUNO JOSÉ, posto que presente os indícios necessários da justa causa para tanto, face, em tese, do delito de calúnia.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 110/114, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser mantida pelos seus próprios e sólidos fundamentos fáticos e jurídicos.

A querela originou-se após a publicação de uma reportagem à 20.01.12, envolvendo a morte de Celso Daniel, que fora patrocinada por seu irmão, o RECORRIDO BRUNO JOSÉ, onde teria ocorrido, segundo o RECORRENTE, a indicação de um dos crimes contra a sua honra, mas sem sucesso.

Efetivamente, após uma leitura serena e atenta dos termos da declaração em tela, o RECORRIDO BRUNO alegou que o telefone celular do RECORRENTE fora rastreado e, nesta atividade, apontou-se a presença daquele aparelho no cativeiro em que abrigava Celso Daniel antes da sua morte, declaração esta que, de forma alguma, poderia ou poderá atingir a honra de DONISETE.

Tal situação foi produto de diligência policial que tinha como escopo a elucidação da morte de Celso Daniel, uma incógnita até os dias de hoje, sendo patente a destruição de provas e comprometimento de esclarecimentos, com a finalidade de encobrir fatos maiores e ligados à administração de certo partido político na Cidade de Santo André, mas sem qualquer conotação contra a honra do RECORRENTE, que se sentiu atingido sem razão aberta ou passível de apuração por intermédio de uma **QUEIXA-CRIME**.

A argumentação lançada na r. sentença recorrida, no sentido de que "*a expressão 'ou quem sabe até participaram ou foram cúmplices do crime', em análise integral do texto, refere-se a petistas genericamente considerados; a menção ao 'deputado Donizete Braga', diz respeito exclusivamente à existência de rastreamento do aparelho de telefonia celular 'no local do cativeiro'. Por conseguinte, não se pode inferir a atribuição de perpetração do delito.*" (fls. 53).

Ora, para o cometimento de um crime contra a honra, mister é a indicação

Acesso ao Sumário

de fato certo e determinado, situações ausentes no caso em pauta, não podendo-se admitir que pessoas indiquem-se vítima daquele tipo de infração penal só pelo fato de defenderem-se de situações genéricas ou, quem sabe, que a subjetivamente e de forma recôndita, o atingiram, como aqui ocorrido, mas sempre sem a conotação devida para a instauração de uma lide penal.

Assim, nega-se provimento ao **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Revisão Criminal nº 0012413-94.2013.8.26.0000, da Comarca de Pilar do Sul, em que é peticionário N.S..

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram parcialmente o pedido revisional para reduzir a pena imposta a N.S. a 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, por infração à norma penal contida no art. 217-A, por diversas vezes, c.c. o art. 226, inc. II, c.c. o art. 71, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal; mantido o regime inicial fechado. Comuniquem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.444)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BÁRTOLI (Presidente), ANTONIO LUIZ PIRES NETO, PÉRICLES PIZA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO E IVO DE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. Hipótese em que o peticionário, condenado em Primeira Instância, teve agravada sua pena em recurso exclusivo da Defesa. Petição deferida para, reconhecida a *reformatio in pejus* e a continuidade delitiva entre todos os delitos perpetrados, reduzir a pena.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc...

N.S. foi processado e condenado pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Pilar do Sul, à pena de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração à norma penal contida no art. 213, *caput*, c.c. o art. 224, alínea "a", e 226, inc. II, c.c. o art. 71, todos do Código Penal, e art. 9º, da Lei 8.072/90 e à pena de 09 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração à norma penal contida no art. 214, *caput*, c.c. o art. 224, alínea "a", e art. 226, inc. II, todos do Código Penal e art. 9º, da Lei 8.072/90 (fls. 159/170, do apenso).

Desta decisão houve interposição de recurso pela Defesa do peticionário e por V. Acórdão (fls. 241/248, do apenso), proferido pela C. 16ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal, no bojo do recurso de Apelação nº ..., Relatoria do Desembargador Souza Nucci foi dado parcial provimento ao apelo defensivo para fixar a reprimenda em 33 anos de reclusão. O V. Acórdão transitou em julgado tanto para o Ministério Público como para a Defesa (fls. 250 e 262, do apenso).

Pretende agora o peticionário seja reconhecida a *reformatio in pejus* operada no julgamento da Apelação, bem como seja reduzida a pena a 25 anos, 08 meses e 16 dias de reclusão (fls. 18/23).

A Douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 25 e s.).

É o relato do necessário.

Consta da denúncia que, na Rua ..., comarca ..., **N.S.**, por diversas vezes, constrangeu *K.C.L.S.* à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça presumida (vítima não maior de 14 anos).

Consta, ainda, que, na Rua ..., comarca ..., **N.S.**, em dia indeterminado do mês de março de 2008, constrangeu *F.L.S.*, mediante violência ou grave ameaça presumida (vítima não maior de 14 anos), a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Acesso ao Sumário

Observe-se que o pedido revisional não se insurge contra a condenação do peticionário, até porque materialidade e autoria exsurgem incontestes quer seja pelo laudo de sexologia (fls. 18), auto de exibição e apreensão (fls. 36 e 80), laudo pericial dos objetos apreendidos (fls. 50/59), laudo de investigação de paternidade (fls. 137/146), bem como diante da prova oral coligida.

O peticionário limita a contestar a pena fixada no v. Acórdão combatido, alegando que houve *reformatio in pejus*. De tal sorte que passo direto ao cerne do pedido revisional.

Assiste razão ao peticionário.

Em primeiro grau de jurisdição, **N.** fora condenado por estupro, em

continuidade delitiva, e atentado violento ao pudor praticado contra duas vítimas distintas, sobrinhas dele, menores de 14 anos de idade.

Em relação ao crime de estupro, o peticionário teve a pena-base fixada acima do patamar mínimo à espécie, em 08 anos de reclusão, com fundamento nas circunstâncias e consequências do crime que recaiu sobre criança de 12 anos de idade, que inclusive gerou uma gravidez. Em seguida, a sanção foi aumentada de ½, por ser o acusado tio da vítima, com fundamento no art. 226, inc. II, do Código Penal, alçando a pena a 12 anos de reclusão. Ainda na terceira fase foi aplicada a causa de aumento do art. 9º, da Lei 8.072/90, exasperando a pena de ½, fixando-a em 18 anos de reclusão. Por fim, reconhecida a continuidade delitiva prevista no art. 71, *caput*, do Código Penal, a reprimenda foi elevada de 1/6 e restou ancorada em 21 anos de reclusão.

Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, o peticionário teve a pena-base fixada em 06 anos e 06 meses de reclusão, uma vez que o crime recaiu sobre menor de 10 anos de idade. Em seguida, a sanção foi aumentada de ½, por ser o acusado tio da vítima, com fundamento no art. 226, inc. II, do Código Penal, alçando a pena a 09 anos e 09 meses de reclusão. Por fim, aplicada a causa de aumento do art. 9º, da Lei 8.072/90, a reprimenda restou ancorada em 14 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão.

Todavia, no dispositivo da r. sentença as penas restaram fixadas em 18 anos de reclusão, para o estupro e 09 anos e 09 meses de reclusão para o atentado violento ao pudor. Diante da ausência de embargos de declaração ou recurso de apelação, esta decisão transitou em julgado para o Ministério Público (fls. 207, do apenso). E, como é sabido, transita em julgado o dispositivo da decisão e não sua *ratio decidendi*, logo o peticionário foi condenado a um total de pena de 27 anos, 09 meses e 09 dias de reclusão. Ademais, em havendo em uma mesma sentença condenatória, dois cálculos divergentes e duas penas fixadas, deve ser adotada aquela que mais favoreça ao réu.

Em seguida, inconformado com o édito condenatório, **N.** apelou. No entanto, o V. Acórdão combatido operou a vedada *reformatio in pejus*. Senão vejamos.

Diante da superveniência da Lei 12.015/09, entendeu o D. Desembargador Relator que deveria ser capitulada a conduta do peticionário, como aquela prevista no art. 217-A, do Código Penal, porquanto mais benéfica a ele e nesta parte agiu corretamente. Todavia não se atentou, que sendo recurso exclusivo da Defesa, a pena do acusado estava limitada àquela fixada na r. sentença, qual seja 27 anos, 09 meses e 09 dias. Assim, deu parcial provimento ao recurso defensivo, contudo, fixou a pena em 33 anos reclusão, o que merece ser reparado.

Com o advento da Lei 12.015/09, tanto o estupro como o atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos, foram abarcados pelo art. 217-A,

Acesso ao Sumário

do Código Penal.

Destarte, a pena-base do peticionário, para cada um dos delitos perpetrados deve ser fixada em 08 anos de reclusão.

Em seguida, sendo o peticionário tio das vítimas as sanções devem ser exasperadas de ½, com vistas ao art. 226, inc. II, do Código Penal, alçando-as a 12 anos de reclusão.

Em tempo, entendo não ser o caso de aplicação da causa de aumento prevista no art. 234-A, inc. III, do Código Penal, uma vez que tal majorante foi criada por lei posterior ao delito em tela, destarte, impossível sua retroação para alcançar fatos anteriores.

Na sequência deve ser reconhecida a continuidade delitiva em relação a uma das vítimas, com fundamento no art. 71, *caput*, do Código Penal, uma vez que a ofendida *K.* foi estuprada durante anos, elevando assim a reprimenda de 1/6, fixando-a em 14 anos de reclusão.

Por fim, acredito ser caso de aplicação da continuidade entre todos os delitos ora analisados, com fundamento no parágrafo único, do art. 71, do Código Penal. Isso porque, a peça acusatória não delimitou com exatidão o lapso temporal em que ocorreram os crimes. Ao contrário, limitou-se a consignar que a vítima *K.* foi constrangida a conjunção carnal, por diversas vezes, por aproximadamente 03 anos, enquanto que sua irmã *F.* foi constrangida a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em dia indeterminado do mês de março de 2008.

Assim sendo, diante da imprecisão da denúncia, tal dúvida deve ser interpretada em favor do acusado, reconhecendo-se assim a continuidade delitiva entre todos os delitos e exasperando a pena mais grave (14 anos) de 1/6, restando a pena total ancorada em 16 anos e 04 meses de reclusão.

Nada a alterar no regime prisional que permanece sendo o fechado, mormente diante do *quantum sancionatório.*

Posto isto, **DEFERE-SE** o pedido revisional para reduzir a pena imposta a **N.S.** a 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, por infração à norma penal contida no art. 217-A, por diversas vezes, c.c. o art. 226, inc. II, c.c. o art. 71, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal; mantido o regime inicial fechado. Comuniquem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0093014-87.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário SIDNEY

LUIZ DA SILVA.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ante o exposto, conhece-se e indefere-se o pedido revisional, formulado por Sidney Luiz da Silva, e de ofício, altero o regime prisional, de integral para inicial fechado. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA, SALLES ABREU E PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - NULIDADES DO ACÓRDÃO PELA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO POR FALTA DE OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA APÓS PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - Atuação expressamente prevista em lei - Inteligência dos artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal - Descabimento de nova vista à defesa após o parecer - Nulidade não configurada.

DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - É necessário que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri esteja totalmente divorciada das provas contidas nos autos, isto é, que haja manifesto erro judiciário; não sendo essa a hipótese dos autos, impossível acolher o pleito revisional - AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA - Inadmissibilidade - REDUÇÃO PELA TENTATIVA - A diminuição da pena, pela tentativa, em 1/2, não merece reforma. De ofício, abrandamento do regime - O regime prisional, do integral para o inicial fechado, em razão da superveniência da Lei nº 11.464/2007 que deu nova redação ao artigo 2ºe §§, da Lei nº 8.072/90.

Acesso ao Sumário

Revisão conhecida e parcialmente indeferida e, de ofício abrandamento de regime de integral para inicial fechado.

VOTO

Vistos.

1 - O peticionário Sidney Luiz da Silva foi submetido a julgamento perante a Vara do Júri da Comarca de Campinas como incurso nos artigos 121, § 2º, II e IV, c.c. o 14, II, do Código Penal à pena de 06 anos de reclusão em regime integralmente fechado (fls. 265/266 - dos autos principais).

A sentença penal condenatória foi confirmada pela Egrégia 10ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 325/328 - autos principais).

A r. decisão transitou em julgado para o Ministério Público aos 15 de dezembro de 2006 e para a defesa aos 15 de janeiro de 2007 (fls. 331 - autos principais).

Na presente ação de revisão criminal, postula o reconhecimento de nulidade do acórdão proferido em sede de apelação defensiva por violação de oportunidade de manifestação da defesa após o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e, no mérito, postula a absolvição, sob o argumento de que a decisão condenatória seria contrária à evidência dos autos e, subsidiariamente, requer o afastamento das qualificadoras e a diminuição da pena no mínimo legal, com a redução pela tentativa em dois terços (fls. 13/30).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou que seja conhecida parcialmente a revisão, indeferindo-a no que for conhecida (fls. 32/37).

É o relatório.

2 - Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"*Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à

Acesso ao Sumário

possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"*Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*" (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"*Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento.*" (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos.

Primeiramente analiso o pleito da nulidade aventada:

Em preliminar a defesa do apelante, postulou pelo reconhecimento de nulidade do acórdão proferido em sede de apelação defensiva por violação de oportunidade de manifestação da defesa após o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, no seu entender, estaria configurada ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa.

Em que pesem os judiciosos argumentos da combativa Defensora, não merecem prosperar.

Não há que se falar em abrir-se vista dos autos à Defensoria Pública após a apresentação do parecer da d. Procuradoria de Justiça.

A remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça decorre da própria lei. É que tal diligência está prevista não só no Código de Processo Penal, como também nos Regimentos Internos deste Egrégio Tribunal de Justiça (Art. 120, § 1º) e dos demais Tribunais Estaduais, e no Regimento Interno do colendo Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2º). A análise da matéria, por esta Corte, sem a prévia fiscalização da Procuradoria, pode ensejar, inclusive, a nulidade do feito.

Aliás a função da Procuradoria não é reforçar os termos da acusação, mas funcionar como custos legis, com o poder/dever de buscar a melhor aplicação da lei. O parecer da Procuradoria, inclusive, não está vinculado à Manifestação do Ministério Público na 1ª instância.

Como é sabido, o artigo 610 do Código de Processo Penal, preconiza que, após a distribuição do recurso de apelação, os autos serão remetidos ao Procurador Geral de Justiça.

Acesso ao Sumário

Confira-se:

"Art. 610 - *Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de habeas corpus, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento*."

E, complementando, o art. 613 determina que "*as apelações interpostas das sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, deverão ser processadas e julgadas pela forma estabelecida no art. 610*", apenas e tão somente com as modificações previstas em seus três incisos, nos quais, em nenhum momento, se exclui a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, que também se impõe na hipótese, nos termos do referido art. 610.

Aliás, no caso do art. 613, ainda mais se justifica tal manifestação, porquanto, sendo mais graves os delitos apenados com reclusão, maior deve ser a cautela.

A propósito:

"*É obrigatória a concessão de vista ao Ministério Público para parecer, nos termos do art. 610. A inobservância dessa formalidade acarreta nulidade processual, a qual se considera sanada se o órgão do Ministério Público comparecer à sessão de julgamento do recurso sem reclamar da omissão*" (STJ, REsp. 265.847, DJU 1.7.2002, p. 412, apud Damásio de Jesus, CPP Anotado, 25ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 548).

"*PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARECER. SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. CUSTOS LEGIS. CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. A emissão de parecer pelo Ministério Público, em segundo grau de jurisdição, como custos legis, não rende ensejo a contraditório, não sendo causa de nulidade a falta de manifestação da defesa. 2. Atua o órgão do Parquet, em tal caso, como fiscal da lei e não como parte. Precedentes do STJ e do STF. 3. Ordem denegada*" (HC 163972/MG, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. em 04/11/2010)

"*APELAÇÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE - MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - INOCORRÊNCIA - FURTO QUALIFICADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO. Não há falar em inconstitucionalidade da MANIFESTAÇÃO da PROCURADORIA Geral de JUSTIÇA, pois a sua atuação em segunda instância não significa uma nova oportunidade para a acusação, mas apenas o exercício da função de 'custos legis'. Deve ser mantida a condenação se, apesar da negativa de autoria, existirem provas nos autos acerca da autoria e materialidade. Sendo o réu beneficiário representado pela DEFENSORIA*

Acesso ao Sumário

PÚBLICA, deve ser concedida a isenção das custas processuais, nos termos do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº. 14.939/03." (TJMG, 1.ª C.Crim., Ap. 1.0145.08.438161-8/001, Rel. Des. Vieira de Brito, v.u., j. 18.06.2009; DOMG de 20.07.2009).

"*A função de fiscalizar a execução da lei, chamada de custos legis, constitui-se em atuação in ratione materiae. Trata-se do exercício da atribuição legal de fiscalização, enquanto parecista, cuja posição no processo é de sujeito especial que não se vincula, necessariamente, ao interesse manifestado enquanto parte da lide (...). Desse modo, não fere o contraditório e a ampla defesa, porque são manifestações distintas, com a finalidade precípua de cumprir a lei e defender os interesses do Estado e do próprio ordenamento jurídico*" (TJMG - AC 1.0145.08.435516-6/001 - Rel. Walter Pinto da Rocha - DJU 04/03/2009).

Logo, não há que se falar em nulidade, pois, independentemente da posição defendida, a Procuradoria Geral de Justiça atuou no exercício de sua missão legal e constitucional, nos termos do previsto nas normas processuais aplicáveis, em análise de legalidade, manifestando-se por derradeiro nos autos, como sói acontecer, em geral, nos processos criminais em grau de recurso.

Não ocorrendo nulidade, ficando rejeitada a preliminar arguida, passo a analisar o mérito.

O revisionando foi condenado pela conduta assim descrita na denúncia:

Consta de denúncia que, no dia 28 de maio de 2000, por volta das 8h10min, na rua Mário Martins Almeida, nº 15, Jardim São José, na comarca de Campinas, Sidney Luiz da Silva, agindo com propósito homicida, por motivo fútil e valendo-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar Sebastião Pereira de Assis, efetuando contra ele disparos de arma de fogo que causaram os ferimentos descritos no laudo de corpo de delito, sendo que o crime somente não se consumou em razão de circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo apurado, no dia 27 de maio de 2000, o acusado e a vítima estavam trabalhando juntos na SETEC e discutiram por motivo de pouca importância.

Consta que no dia 28 de maio de 2000, Sebastião Pereira seguia do trabalho para a sua residência quando foi abordado por Sidney que o questionou sobre o desentendimento ocorrido no dia anterior, sendo que nesta oportunidade Sidney sacou uma arma de fogo que trazia consigo e a apontou para Sebastião, determinando que ele ajoelhasse.

Diante da ameaça Sebastião atendeu a ordem de Sidney e se ajoelhou, clamando para que ele não disparasse o revólver, mas mesmo assim Sidney determinou que ele se virasse e, em seguida, efetuou um disparo contra a sua cabeça.

Ato contínuo Sidney determinou que Sebastião corresse, ocasião em que efetuou outro disparo contra a cabeça da vítima.

Acesso ao Sumário

Ambos os projéteis atingiram Sebastião e provocaram os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito.

Depois de ter sido atingido pelos dois disparos, a vítima conseguiu entrar em luta corporal com Sidney e evitar que novos disparos fossem efetuados.

O homicídio somente não se consumou porque a vítima foi socorrida e encaminhada a um hospital, onde recebeu tratamento médico.

O crime foi praticado por motivo fútil haja vista que a conduta de Sidney foi motivada por uma discussão de pouca importância ocorrida no dia anterior.

O acusado valeu-se de recurso que dificultou a defesa da vítima porque atirou contra ela quando estava ajoelhada e subjugada, sem possibilidade de exercer qualquer reação.

Improcedente é a presente pretensão revisional.

Interrogado em Juízo e em Plenário, o peticionário negou a autoria do delito e disse não ter discutido com a vítima e no Plenário, também negou os fatos, declarou que trabalhava com a vítima na empresa SETEC e que não possuía uma arma de fogo. Não discutiu com o ofendido a mesma. Disse que a porta da sala onde estava trabalhando é local onde fica o cartão de ponto e estava fechada. A vítima veio para bater o cartão de ponto no jantar e não gostou, falando que a porta era para ficar aberta e esbravejou e saiu (fls. 99 e 246/252).

A vítima Sebastião Pereira de Assis relatou que estava trabalhando com o acusado e, em dado momento, este reclamou que ela havia mexido em uma porta e que, daquela forma, não estava conseguindo dormir. A vítima respondeu que, quisesse o réu dormir, deveria fazê-lo em casa. Disse que um rapaz da JSV que prestava serviços para a SETEC lhe falou: "se cuida que o Sidney vai aprontar para você". Falou: "que aprontar nada, ele gritou deve ser por nervoso". Trabalharam na noite normalmente. No dia seguinte, pela manhã, a vítima deixou o serviço e, ao chegar em uma passarela, lá estava o acusado, que disse que iria resolver o problema ali. O réu determinou que a vítima ajoelhasse, ela obedeceu e ele atirou contra a cabeça dela. Depois, houve o segundo disparo e a vítima conseguiu escapar do réu, vindo a ser socorrida; em Plenário, disse que, no dia dos fatos, estava indo para sua casa e ao chegar em cima da passarela da Santos Dumont encontrou com o acusado que veio próximo e lhe disse que queria tirar uma bronca, respondeu que não tinha bronca nenhuma, tendo ele sacado uma arma, mandando que ajoelhasse e lhe deu um tiro. Depois pediu que levantasse e atirou novamente. Indagado porque de tudo isso, respondeu: "*Bom, segundo o meu superior que hoje não é mais o superior de segurança, ele ia dar uma promoção para um de nós como encarregado, só que ele não disse para quem e começou uma brincadeira de colegas de trabalho que seria ele por ter servido o exército. Aí, depois, meu superior chegou e falou que não, se tiver vou dar a promoção para o 'Assis' (na empresa somos conhecidos pelo*

Acesso ao Sumário

sobrenome). Nessa brincadeira, começou 'você vai perder para ele, foi para o exército', aí ele passou a perseguir achando que eu pedi a promoção e não existiu a promoção". Confirmou que houve discussão de bater na porta, dizendo que: "*que estava indo no setor onde ele estava e existia o registro de ponto, eu passei, bati o cartão para a janta e no que eu puxei a porta onde estava para fechar só que ela não fechou e voltou, aí ele gritou comigo para eu voltar e fechar a porta, no que voltei para fechar a porta e brinquei, como tinha costume de brincar, brinquei com ele 'se quer dormir, vai dormir na sua casa' e saí, foi o que houve*" (fls. 132/135).

A testemunha Vilmar Evangelista Torres narrou que viu o ocorrido, uma pessoa atirou duas vezes contra outra, que estava ajoelhada. No momento, não viu quem eram aquelas pessoas, mas depois acabou concluindo que se tratava do crime em tela (fls. 147).

A materialidade delitiva, incontroversa, está demonstrada pelo laudo de exame de corpo de delito, que comprova que a vítima Sebastião foi atingida por projeteis de arma de fogo (fls. 54).

Com efeito, da simples leitura do v. acórdão, não se tem dúvida de que a decisão dos jurados encontra-se em consonância com as provas produzidas nos autos, tendo eles apenas optado pela tese que lhes pareceu mais convincente, sobretudo diante das declarações da vítima, não tendo dúvidas em apontar o peticionário como o autor do delito.

Ressalte-se que eventuais contradições existentes, como apontado pela Defesa, não são suficientes para colocar em dúvida os fatos principais ou afastar a decisão condenatória, notadamente diante da circunstância de que os relatos não diferenciam nos aspectos principais, devendo ser vistos como naturais e totalmente irrelevantes para a apuração da verdade real dos fatos.

"*PROVA CRIMINAL - Testemunha - Depoimento - Divergências apontadas pela Defesa - Ocorrência que não tem o condão de invalidar o fato principal sobre o qual ela testemunhou - Recurso não provido. As pequenas contradições da prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada*" (TJSP - Ap. Crim. nº 226.607-3/SP - 4ª Câm. Crim. - rel. Des. Passos de Freitas - j. 09.12.97 - v.u.).

Oportuno salientar que, somente quando o veredicto do Conselho de Sentença não se coaduna com qualquer das versões existentes no processo a respeito do fato delituoso, admite-se a anulação da decisão do Tribunal do Júri, devendo ser o réu submetido a novo julgamento, o que não ocorre no caso dos autos.

Como é cediço, deve-se preservar a soberania dos veredictos, somente se admitindo a anulação da decisão do Conselho de Sentença, quando esta se

Acesso ao Sumário

mostrar manifestamente contrária às provas dos autos (artigo 593, inciso III, letra d, do Código de Processo Penal), ou seja, totalmente divorciada das provas produzidas, o que, não é o caso dos autos.

Aliás, "*para ser cassada a revisão, como contrária à evidência dos autos, é preciso que a condenação não tenha apoio em qualquer elemento de convicção*" (RT 678/296).

In casu, o juízo condenatório firmado na 1ª Instância foi amplamente alicerçado pelos dados de provas amealhadas durante a instrução, notadamente pela prova testemunhal que foi uníssona em apontar a conduta ilícita de Sidney, não deixando margem para dúvidas de que ele praticou efetivamente o crime.

Resta claro que o peticionário pretende, na verdade, o reexame de provas com vistas a modificar a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri.

Outrossim, as alegações defensivas, ressalte-se, vieram desacompanhadas de qualquer elemento de prova não merecendo, pois, qualquer crédito. Aliás, é cediço que em sede de revisão criminal, ocorre a inversão do ônus probatório, competindo à Defesa fazer a prova do sustentado. Com efeito, a dúvida, ainda que surgida - o que não é o caso dos autos, não se mostra hábil à desconstituição da coisa julgada.

Assim sendo, seria necessário que a Defesa fizesse a prova da alegada inocência.

A respeito do tema, não é outro o entendimento jurisprudencial:

Ônus da prova - Condenado - Incumbência - Ocorrência. "*Em sede de revisão criminal, o ônus da prova pertence ao condenado. Este é que tem que provar o alegado para desconstituir sentença de 1º Grau*" *(TACRIM-SP - Rev. - Rel. Almeida Braga - RJD 13/211).*

"*No âmbito da revisão, como ocorre uma inversão do 'onus probandi', se o condenado não comprovar o alegado de forma adequada e suficiente, sem deixar qualquer dúvida, a sua pretensão não poderá ser atendida*" *(TACRIM-SP - Rev. - Rel. Benedito Camargo - RJD 18/196).*

Revisão criminal - Ônus da prova. "*Em ação revisional não tem lugar o princípio do 'in dubio pro reo'. No reduto desta cabe ao requerente demonstrar de maneira inequívoca e convincente o erro da decisão condenatória hostilizada. Se o Tribunal Popular em decisão majoritária, confirmada pela segunda instância em recurso apelativo, sem incidência de limitações de ordem geral ou de cunho especial e com estribo em segmento do conjunto probatório, optou pela condenação, não pode haver alteração desta pela simples alegação de insuficiência de provas. Em revisão criminal indaga-se somente se os autos verdadeiramente espelham uma realidade diante da qual a condenação não possa subsistir, ou por desgarrada de todos os elementos probatórios, ou por contrariar o texto da lei, ou ainda se estiver estribada em prova falsa. Ausente*

Acesso ao Sumário

o erro judiciário, a revisão deve ser indeferida. Unânime" (TJRGS - Rev. - j. 23.4.93 - Rel. Luiz Felipe Vasques de Magalhães - RJTJRGS 159/79).

Revisão - Inversão do ônus da prova - Necessidade de o requerente demonstrar a sua inocência e apresentar elementos que desfaçam o fundamento da condenação (TJSP - Rev. - Rel. Jarbas Mazzoni - RT 747/649).

"*Em sede revisional, o fato da sentença ser contrária à evidência dos autos pressupõe antagonismo absoluto entre a prova e a decisão, que não se verifica, em face do princípio do livre convencimento, quando há, nos autos elementos de convicção em ordem a embasar o decreto condenatório*" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Passos de Freitas - RJD 17/225).

"*Decisão contrária à evidência dos autos só é aquela inteiramente divorciada do contexto da prova produzida, em conflito visível com o teor dessa prova existente nos autos com o que não se confunde e nem se equipara a mera alegação de insuficiência probatória. Esta decorre da fragilidade da prova considerada em seu todo; e aquela resulta da incompatibilidade entre o teor dessa mesma prova e a sentença condenatória irrecorrível*" (TACRIM-SP - Rev. - j. 10.11.96 - Rel. Pires Neto - RJTACRIM 33/463).

Destarte, há de ser mantida a condenação do acusado.

DO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS

A pretexto de obter revisão, o requerente pretende contra-argumentar os fundamentos da sentença e do acórdão, tentando também, excluir a qualificadora do crime.

O pretendido afastamento não merece guarida.

Isto porque, as qualificadoras também têm amparo nas mesmas provas.

O motivo fútil do delito foi decorrente de banal discussão, aliás o próprio acusado admitiu ter discutido com a vítima por causa da porta (fls. 252) e com relação ao recurso que dificultou a defesa da vítima, também deve ser mantida, pois alvejada quando estava completamente subjugada, de joelhos no chão.

À propósito:

"*APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA - PREJUÍZO NÃO COMPROVADO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA NÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E AMPLAMENTE AMPARADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO - **DECOTE DE QUALIFICADORAS - INVIABILIDADE** - RECURSO DESPROVIDO. I - Não se desincumbindo a defesa de demonstrar o real e efetivo prejuízo causado ao acusado, impossível o acolhimento da alegada nulidade posterior à pronúncia, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal. II - Se a decisão do Júri se amparar em elementos razoáveis de prova, em uma interpretação razoável dos dados instrutórios, deverá a mesma*

Acesso ao Sumário

ser mantida, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos populares. III - Inviável o decote das qualificadoras para efeito de condenação por este Tribunal se os jurados reconheceram sua incidência, em consonância com o conjunto probatório produzido". (Apelação Criminal nº. 1.0433.07.219051-8/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal do TJMG, D. Julg. 16/03/2010). (grifo nosso).

Assim, inviável o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Da dosimetria da pena

Firmou-se entendimento no sentido de que em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda por meio da revisão. A respeito, colhe-se da jurisprudência:

"*A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional*" (RJDTACRIM 6/250).

O MM. Juiz sentenciante fixou a pena no mínimo legal, ou seja, em 12 (doze) anos de reclusão, no segundo momento de fixação de pena compensou a segunda qualificadora reconhecida.

Na terceira fase, passo à análise da tentativa. No tema, o juiz sentenciante utilizou-se da fração intermediária de diminuição, qual seja de 1/2 (metade), nada obstante, a defesa requer a aplicação da fração máxima de redução, 2/3 (dois terços).

Tal pleito não prospera.

Impende salientar que não foi estabelecido no Código Penal qualquer dispositivo legal que aumente ou diminua a reprimenda nesta fase com base em valores fracionários, devendo o aumento ou a diminuição da pena nesta fase ser analisada sob o crivo dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, dentro da margem de discricionariedade conferida pela norma legal ao Magistrado.

Acesso ao Sumário

A margem de diminuição da pena em razão do crime na forma tentada é direcionada pelas etapas do *iter criminis* percorrido pelo autor do fato e não pelo exame das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido já decidiu:

"*PENAL - PROCESSO PENAL - TRIBUNAL DO JÚRI - CONDENAÇÃO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - APELAÇÃO - REDUÇÃO - PENA-*

BASE - ATENUANTE - DIMINUIÇÃO EM 1/5 - TENTATIVA - REDUÇÃO PELA METADE - PROGRESSÃO DE REGIME - CRIME HEDIONDO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - UNÂNIME. Se as circunstâncias judiciais não restam favoráveis ao réu, correta a aplicação da pena-base acima do mínimo legal. As circunstâncias atenuantes são fixadas atendendo à discricionariedade judicial, eis que não há previsão legal para o quantum relativo à referida diminuição. (...)" (APR 2001.01.1.099781-0, 1.ª Turma Criminal, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, DJU 31/08/2005, pág. 120).

No presente caso, vê-se que as três etapas do *iter criminis* - atos preparatórios, execução e consumação - o apelante percorreu todas as etapas, não conseguindo consumar o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, conforme se depreende das declarações prestadas pela vítima, que: "*o réu determinou que a vítima ajoelhasse, ela obedeceu ele atirou contra a cabeça dela. Depois, houve o segundo disparo e a vítima conseguiu escapar do réu, vindo a ser socorrida*".

Assim, na terceira etapa, ausentes as causas de aumento, e verificada a causa especial de diminuição da pena pela tentativa, mantenho a redução da pena em 1/2 (metade), perfazendo a pena em 06 anos de reclusão.

Um único reparo merece o julgado, tão somente em relação ao regime prisional, o qual deve ser o inicial fechado, por força, agora, da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao artigo 2º e §§, da Lei nº 8.072/90, concedendo de ofício. E isto porque a progressão de regime prisional, em se tratando de crimes hediondos, não era permitida antes da nova Lei e, por ser esta mais benéfica, de rigor a alteração.

3 - Ante o exposto, conhece-se e indefere-se o pedido revisional, formulado por Sidney Luiz da Silva, e de ofício, altero o regime prisional, de integral para inicial fechado.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0140770-92.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. CASSADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.136)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI E GONZAGA FRANCESCHINI.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Ação direta objetivando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.640, de 02 de março de 2013 do Município de Suzano. O ato normativo dispõe sobre a implantação de caixas de pronto atendimento adaptados à acessibilidade dos portadores de necessidades especiais e mobilidade reduzida nas agências bancárias localizadas no Município e dá outras providências - Diploma que não padece de vício de iniciativa - Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo - Exegese do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios

por força do disposto no art. 144 da mesma Carta - Não violação, ademais, da esfera de competência privativa da União - Precedente do C. STF - Norma que também não está eivada dos vícios de desvio de finalidade e de falta de razoabilidade - Ação julgada improcedente, revogada a liminar."

VOTO

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Suzano, contra os dispositivos da Lei Municipal nº 4.640, de 02 de março de 2013, promulgada pela Câmara Municipal após rejeição do veto integral ao projeto de Lei nº 042/2012 pelo requerente. Referida norma dispõe sobre a implantação de caixas de pronto atendimento adaptados à acessibilidade dos portadores de necessidades especiais e mobilidade reduzida nas agências bancárias localizadas no Município de Suzano e dá outras providências.

Alega, em síntese, o demandante que o Poder Legislativo local usurpou competência privativa do Chefe do Poder Executivo ao legislar sobre tema relacionado à direção superior da administração e orçamento, criando despesas sem indicar os recursos disponíveis para fazer frente aos novos encargos, ferindo de morte o princípio da independência e separação dos Poderes. Pede liminarmente a suspensão da lei. Pugna, assim, pela procedência da ação.

Concedida liminar (fls. 28/29). Citado, o Presidente da Câmara Municipal ofertou informações (fls. 45/78), defendendo a constitucionalidade da lei.

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa do dispositivo impugnado, pois trata de matéria exclusivamente local (fls. 41/42).

O Presidente da Câmara Municipal (fls. 45/78) manifestou-se pela constitucionalidade da norma impugnada, sustentando que a matéria nela versada não seria de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, uma vez que não estaria inserida no rol do artigo 25, § 2º, 1 a 6, da Constituição do Estado de São Paulo, que reproduz, de modo geral, o disposto no artigo 61, § 1º, da Magna Carta. Juntou os documentos de fls. 47/78.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (r. parecer de fls. 80/93).

É o relatório.

2. A presente ação objetiva a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.640, de 02 de março de 2013 (que "*Dispõe sobre a implantação de caixas de pronto atendimento adaptados à acessibilidade dos portadores de necessidades especiais e mobilidade reduzida nas agências bancárias localizadas no Município de Suzano e dá outras providências*"), oriunda de

Acesso ao Sumário

projeto de lei de autoria do Vereador Rafael Franchini Garcia (fls. 26).

De início, registre-se que a matéria tratada na lei hostilizada não é de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Da análise do teor do artigo 24, § 2º, nºs. 1 a 6, da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do disposto no artigo 144 da mesma Constituição, verifica-se que "*A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição" (caput),* competindo exclusivamente *"ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 - criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;

3 - organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 - militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 - criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos" (parágrafo 2º).

Como se vê, a matéria em questão não foi mencionada em nenhuma das hipóteses supra.

Sobre tema semelhante já se manifestou o Órgão Especial desta Corte, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006249-50.2012.8.26.0000, de relatoria do e. Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, cujo acórdão está assim ementado:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 4.518, de 4 de outubro de 2011 do Município de Suzano que instituiu a obrigação de fornecimento de cadeiras de rodas pelas agências bancárias locais - Matéria de interesse local e também atinente à proteção e garantia de direitos de portadores de deficiência física e pessoas com mobilidade reduzida, em relação à qual era lícito ao Município legislar, nos exatos limites da competência definida nos artigos 23, inciso II, e 30, inciso I, da CF - Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa do projeto de lei pelo Legislativo, haja vista que a norma editada não regula questão estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2°, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE,*

aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta - Previsão legal, na verdade, que apenas impõe obrigações a particulares e não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários - Precedentes desta Corte - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (julgada em 12.09.2012).

Do corpo do aresto extrai-se que o dispositivo constitucional supracitado deve ser interpretado restritivamente:

"*No caso vertente, a lei local versou acerca de tema de interesse geral da população, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta ao Poder Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar. Bem de ver que a iniciativa do processo legislativo reservada ao Chefe do Poder Executivo está perfeitamente delimitada na Constituição Estadual em seus artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, aplicáveis ao ente local por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta Bandeirante; em nenhum deles, porém, insere-se a matéria versada na legislação municipal ora impugnada, tratando-se, portanto, de questão afeta à competência comum dos poderes legislativo e executivo*".

Também não se cogita de violação da competência privativa da União para legislar sobre o tema. A questão, aliás, já foi abordada pelo C. Supremo Tribunal Federal, que assim se posicionou:

"*É da competência do município legislar sobre medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários, uma vez que tratam de assuntos de interesse local*" (v. RE nº 595.408/MG, relator Ministro Ricardo Levandowski, j. 10/08/2011, DJe 17/08/2011).

Por fim, não se constata o alegado vício de desvio de finalidade e de falta de razoabilidade na norma impugnada. Ao contrário do afirmado pela autora, as obrigações impostas aos bancos trazem sim benefícios à segurança dos usuários dos serviços, como também à segurança da própria instituição bancária.

Em hipótese bastante assemelhada, esta Corte firmou entendimento no sentido de que "*não se pode negar que tudo aquilo dentro do proporcional e razoável que vise prestigiar a segurança, evitando-se o destacado número de crimes que são praticados contra usuários das agências bancárias e instituições financeiras, sem aviltamento dos parâmetros legais próprios, sempre deve ser prestigiado. Não se pode negar, também, que a lei municipal em questão vem a prestigiar interesse da própria Entidade autora, a medida que procura evitar eventuais ações criminosas, também, com certeza, em benefício das agências bancárias ali instaladas, prestigiando, inclusive e especialmente, a melhoria da qualidade das relações de consumo existentes entre a instituição financeira*

Acesso ao Sumário

e seus clientes" (Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0061047-58.2012.8.26.0000, de São Paulo, Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros, julgada em 8/8/12).

3. Diante do exposto, **não tendo a Lei Municipal nº 4.640 de 02 de março de 2013, do Município de Suzano afrontado a Carta Bandeirante, julga-se improcedente a ação, cassada a liminar.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0059031-97.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.982)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, ROBERTO MAC CRACKEN, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, ARANTES THEODORO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI, julgando a ação improcedente; e WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração), ANTONIO LUIZ PIRES NETO, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, LUIS SOARES DE MELLO, VANDERCI ÁLVARES, TRISTÃO RIBEIRO e JOÃO CARLOS SALETTI, julgando a ação procedente.

São Paulo, 15 de janeiro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Complementar nº 41, de 20 de setembro de 2011, do Município de Itapetininga, alterando dispositivos da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, ao dispor sobre a instalação de sistemas de

Acesso ao Sumário

transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas de transmissões de radiação eletromagnética não ionizante. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações não violada. Normas locais regulamentando o uso e ocupação do solo. Predominância do interesse local. Preservação do meio ambiente, segurança e saúde pública que devem prevalecer sobre interesses econômicos.

Improcedente a ação.

VOTO

1. Relatório já nos autos (fls. 385/386).

2. Entendo improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** contra a **Lei Complementa r nº 41**, de 20 de setembro de 2011, do Município de Itapetininga, alterando dispositivos da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, ao dispor sobre a instalação de sistemas de transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas de transmissões de radiação eletromagnética não ionizante, nos seguintes termos:

"*Art. 1º Os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, passam a vigorar com a seguinte redação:*

'Art. 3º As Estações de Rádio-Bases (ERB's) passam a ser enquadradas na categoria de Instalações Compatíveis com o Uso Residencial, conforme o disposto na Lei de Zoneamento Urbano e nesta Lei Complementar.

Art. 4º A base de sustentação de qualquer antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 110 (cento e dez) metros de distância das divisas do local em que estiver instalada.'

Art. 2º Fica acrescentado um parágrafo único ao artigo 4º da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, com a seguinte redação:

'Art. 4º

Parágrafo único. O ponto de emissão de radiação da antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 110 metros de distância da divisa do imóvel onde estiver instalada.'

Art. 3º Ficam revogados o 'art. 5º' e o '§ 1º do art. 8º', ambos da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008.'

Art. 4º O artigo 13 da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 13 As Estações Rádio-Bases não poderão ser localizadas em uma distância inferior a 100 (cem) metros de hospitais, postos de saúde, maternidades, pronto-socorros, clínicas médicas com internação

Acesso ao Sumário

e similares, berçários, escolas e creches.'

Art. 5º Fica acrescentado um parágrafo único ao artigo 13 da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, com a seguinte redação:

'Art. 13.

Parágrafo único. As Estações Rádio-Bases deverão observar uma distância mínima de 500 (quinhentos) metros entre si para a sua instalação.'

"Art. 6º As Torres e equipamentos de telecomunicações já instalados até a data da publicação desta Lei Complementar deverão ser regularizados no prazo máximo de 6 (seis) meses, desde que atendam, no que couber, aos dispositivos e normas estabelecidas nos Capítulos I, II e III da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008."

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação." (fls. 204/205).

Norma impugnada **apenas alterou critérios já existentes** para instalação de sistemas de transmissão de telecomunicações em geral e sistemas de transmissores de radiação eletromagnética não ionizante (Lei Complementar nº 25, de 28.03.08 - fls. 22/26).

E nesse proceder **inexiste inconstitucionalidade**, em que pese a douta opinião do I. Relator e outras em sentido em contrário (ADIn nº 0449282-93.2010.8.26.0000 - p.m. de v. de 24.08.11 - Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; Arguição de Inconstitucionalidade nº 0302410-75.2011.8.26.0000 - v.u. j. de 23.05.12 - Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS** e ADIn nº 0199044-83.2012.8.26.0000 - v.u. j. de 10.04.13 - Rel. Des. **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**).

Inequívoca a competência privativa da **União** para **legislar** sobre **telecomunicações** (art. 22, inciso IV da CF).

Nesse sentido, qualquer ato praticado por outro Ente da Federação tendente a alterar, ampliar ou restringir a prestação dos serviços de telecomunicações, por manifesta invasão de competência, afigura-se inconstitucional.

Acesso ao Sumário

Contudo, os critérios alterados, por atenderem ao **interesse local**, **não** incorreram em violação a qualquer dispositivo constitucional.

A Constituição Federal conferiu aos Municípios competência para **legislar** sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, inciso I) e **suplementar** a **legislação federal e estadual** no que couber (art. 30, II).

Segundo **ANTONIO SÉRGIO P. MERCIER, interesse local**:

"*... diz respeito ao espaço físico do Município, ou seja, sua área territorial. Interesse tem a ver com tudo aquilo que possa trazer benefício à coletividade; em linguagem comum, é sinônimo de utilidade, proveito. Pode ser também um estado de consciência. No caso do inciso em tela, trata-se do interesse público, particularmente o local, ou seja, no âmbito*

territorial do Município, e que por isso deve estar sob sua proteção ou vigilância, requerendo, dessa forma, que se imponha normas próprias." ("Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" - Ed. Manole - 3ª ed. - p. 225).

E acrescenta **GIOVANI DA SILVA CORRALO**:

"*É através das competências consignadas ao Município no texto constitucional que é possível definir sua autonomia. Assim, para que seja possível compreender o alcance do processo legislativo municipal, é fundamental discorrer sobre as competências do Município na Federação Brasileira. Isso porque não é possível ao Município legislar sobre matérias da competência da União ou dos Estados-membros. Ademais, reafirma-se que o* locus *adequado para a consignação das competências municipais é a Constituição. Nenhum outro instrumento pode ser utilizado para tal fim, uma vez que somente a Constituição pode determinar as competências dos entes que integram a Federação.*"

(...)

"*A repartição de competências na Constituição de 1988 tem por foco um federalismo de* ***cooperação****, que busca a integração e a interação dos entes federados na efetivação das suas atribuições, superando-se o federalismo dual, onde as competências são exercidas isoladamente.*"

"*A predominância dos interesses é o critério mais relevante na repartição de competências, cabendo à União as questões de interesse geral e nacional, aos Estados as matérias de interesse regional e aos Municípios tudo o que disser respeito ao* ***interesse local****.*"

(...)

"*No que tange às competências municipais, mais especificamente, devem ser observados os arts. 29, 29-A e 30 da CF, que constituem o núcleo fundante da autonomia municipal. (...).*"

"*Enquanto o art. 29 apresenta os preceitos norteadores das leis orgânicas e o art. 29-A apresenta os limites de despesa do Legislativo Municipal, o art. 30 apresenta um rol bastante abrangente de matérias da competência dos Municípios. O ponto nuclear deste campo de atuação das Municipalidades é o* ***interesse local****. Existindo interesse local, pode o Município agir administrativamente e normalizar legislativamente determinada matéria.*"

(...)

"*... o interesse local deve ser apreendido consoante uma compreensão sistêmica da Constituição, que não pode ser interpretada através de partes isoladas, já que o próprio texto impõe limites hermenêuticos. (...).*"

"*... compreender a existência, ou não, do* ***interesse local*** *depende, impreterivelmente, de uma análise circunstanciada de cada*

Acesso ao Sumário

*situação, analisando-se suas particularidades e singularidades. Isso porque '**interesse local**', como muitas expressões jurídicas, é conceito indeterminado, cuja determinação, no processo de adjudicação de sentido levado a cabo por todo intérprete, depende de consideração das circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes no processo interpretativo. Dentre as circunstâncias jurídicas, além da Constituição Federal, salienta-se a própria lei orgânica, cujo papel é central nessa determinação.*"

"*Diante dessa demarcação de competência aos entes que integram a Federação é que se afirma a autonomia de cada qual para a elaboração do seu sistema normativo, sem a possibilidade de conflitos entre leis municipais, estaduais e federais em virtude de uma posição hierárquica no contexto federativo. Nesse mesmo sentido manifesta-se Maria Regina Macedo Nery Ferrari: 'Constata-se que, em decorrência da repartição rígida de competências, tanto União como Estados e Municípios devem atuar dentro do universo para eles reservado pela Lei Fundamental. Desta forma, não pode existir hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais, pois a mesma matéria não pode ser disciplinada validamente pelas três ordens jurídicas ora analisadas. (...) Desta forma, a lei municipal deve prevalecer em todas as matérias que demonstrem interessar apenas ou preponderantemente à comuna, e, consequentemente, a lei federal ou estadual não pode violar este campo de autonomia do Município, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, por desatender à repartição de competências previstas na Lei Maior do Estado Brasileiro.*"

"*Reforçando o exposto encontra-se o princípio da subsidiariedade dos princípios informadores do federalismo, que conduz a uma prevalência dos entes locais na resolução dos problemas que não dependam dos demais ou cuja dependência não seja cabal a ponto de significar a assunção de tal competência.*" (grifei - "O Poder Legislativo Municipal" - Ed. Malheiros - 2008 - p. 49/55).

Assim, **possível** as alterações feitas na legislação local em vigor sem que isso implique em afronta à competência privativa da União quanto à prestação dos serviços de telecomunicações.

Acesso ao Sumário

A **Lei Complementar nº 41, de 20.09.11** em questão, apenas alterou os critérios anteriormente estabelecidos **de edificação e de uso e ocupação do solo**, impondo restrições à instalação como medida de **proteção ao meio ambiente e à saúde pública**, tudo em respeito a legislação federal que regulamenta os serviços, e em consonância com o poder conferido pela Constituição Federal ("*Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. **Direito de construir. Limitações administrativas. Adequação ao ordenamento territorial municipal. Planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano. Competência municipal. Precedentes.** 3. Construção. Manifestação do direito de propriedade que não prescinde de licença para construir. Não observância das*

regras aplicáveis. Ausência da faculdade de construir. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." - grifei - **STF** - RE nº 746.356 Arg/SP - DJ-e de 07.06.13 - Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Neste sentido julgou o Des. **RENATO NALINI** apreciando idêntica questão:

"*No que pertine à alegada ausência de competência legislativa, a Constituição Federal, em seu art. 30, I, defere competência aos municípios para legislarem sobre matérias atinentes ao interesse local. Também lhes foi conferida, pela letra do art. 30, II, competência para suplementar a legislação federal, no que couber. Ademais, legislar sobre direito urbanístico é atividade típica da esfera municipal, por força do que dispõe o par. 1º do art. 182. A definição de padrões urbanísticos, ambientais e sanitários envolvendo as estações de rádiobase é tarefa multidisciplinar.*"

"*A União, que deveria esmiuçar o assunto traçando regras claras e optando por padrões de precaução, não o vem fazendo a contento, restando espaço para os estados-membros e municípios suplementarem a legislação federal, de forma a torná-la mais protetiva.*"

"*Não obstante a existência de normas expedidas pela Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações, é cristalino que o Estado-membro, por força dos dispositivos constitucionais inscritos nos incisos I, VI, VII e XII do art. 24, e ao município, com base nos incisos I e II do art. 30, legislarem a respeito do tema, desde que não o façam de forma a assegurar proteção inferior àquela estabelecida pelas normas emanadas da União.*"

"*Caso as normas estaduais ou municipais sejam mais restritivas que a Federal, esta cede espaço àquelas, pois, em matéria ambiental e de saúde pública, sempre há de ser aplicada a mais protetiva.*"

"*A Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações - é certo, possui competência para fiscalizar e verificar o cumprimento das condições técnicas estabelecidas para funcionamento de estações de radiocomunicação, no que se refere aos parâmetros de transmissão tais como frequência, potência irradiada, ganho de antena e modulação. Essas atribuições não excluem a dos Municípios para legislar sobre posturas municipais e outras matérias de interesse sanitário-ambiental local.*"

"*Nesse sentido, a NGT 20/96, aprovada pela Portaria MC n. 1533, de 4 de novembro de 1996, cuidando das condições para instalação e licenciamento de estações de Serviço Móvel Celular, estabelece, em seu tópico 5.5.1.1., que 'A instalação do sistema, com as correspondentes edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos, ficará condicionada ao cumprimento pela concessionária de posturas municipais e outras exigências legais*

Acesso ao Sumário

pertinentes a cada local'."

"*O justo receio do MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDÃO é com a possibilidade de danos a serem causados à saúde e ao ambiente pela emissão de radiação, em virtude da operação de estações de telecomunicações no território do município.*"

"*A Lei Municipal nº 3.203, de 23 de março de 2009, trata apenas dos requisitos de ordem formal, material e técnica para a instalação de antenas, torres e equipamentos de telecomunicações. Dispõe sobre a dimensão dos equipamentos e mecanismos de segurança. Estabelece limites aos níveis de radiação eletromagnética emitidos. Prevê, enfim, distâncias mínimas entre as extremidades da base das torres e determinadas edificações, tais aquelas que abrigam hospitais, maternidades, pronto-socorros, clínicas médicas com internação e similares, berçários, escolas e creches.*"

"*Perceba-se, pois, que a norma não invade competência material ou legislativa da União, vez que não atribui ao Município a prerrogativa de explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de telecomunicações. Tampouco defere ao Poder local a faculdade de estabelecer regras sobre a prestação do serviço ao consumidor, tais as concernentes aos produtos oferecidos, níveis de qualidade ou tarifas.*"

"*A norma impugnada dispõe tão-somente sobre o licenciamento municipal para instalação de antenas transmissoras de rádio, televisão, telefonia celular e telecomunicações em geral. Vale dizer, contém regras de proteção da saúde pública e do meio ambiente, e não de disciplina de telecomunicações.*"

"*Se assim não for, ou não se quiser entender, pondere-se que entre o princípio federativo e o princípio da tutela ao meio ambiente, este sobrepõe-se ao primeiro. Mesmo porque, o direito fundamental ao meio ambiente saudável é o primeiro interesse intergeracional explicitado pelo constituinte. Na ponderação de valores principiológicos proposta por Canotilho, a dimensão deste se encontra a anos luz em relevância, se cotejado com o formalismo das competências federativas.*"

"*A salutar providência adotada pelo Município de Campos do Jordão está conforme com a orientação de uma Carta Republicana que, não por acaso, é cognominada Cidadã. Garantir que muitos dos princípios acolhidos no pacto sejam implementados no âmbito do município. Lugar onde as pessoas vivem, pois ninguém mora na União, nem no Estado. Mora na cidade. Agora convertida em uma entidade federativa de hierarquia ontologicamente indistinta em relação às demais.*" (Declaração de Voto na ADin nº 0.449.282-93.2010.8.26.0000 - p.m. de v. de 24.08.11 - Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

Como recentemente aqui julgado:

Acesso ao Sumário

"*Ação direta de inconstitucionalidade - Art. 17, da Lei n. 4.186, de 10/10/07, do Município de Valinhos - Ordenação do uso e ocupação do solo - Estabelecimento de locais prioritários para instalação de Estações Rádio-Base - Matéria que não adentra na competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, da CF), tampouco que interfere na competência da União de explorar aludidos serviços (art. 21, XI e XII, a, da CF) - Regulamentação municipal que possui estrita finalidade de dispor sobre o uso e ocupação do solo no território municipal, nos termos do art. 30, VIII, da CF - Presença de peculiar interesse do Município - Inconstitucionalidade formal não caracterizada - Ação improcedente.*" (ADIn nº 0.074.653-22.2013.8.26.0000 - v.u. j. de 21.08.13 - Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**).

No mesmo sentido:

"*Não se olvida que a Constituição Federal outorgou competência legislativa privativa à União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, da CF), tampouco que lhe foi atribuída a competência para exploração dos mencionados serviços (art. 21, XI e XII, a, da CF).*"

"*No entanto, o dispositivo impugnado está inserido na Lei Municipal n. 4.186, de 10/10/07, que dispõe sobre a ordenação do uso e ocupação do solo no Município de Valinhos, e cuida da previsão de áreas prioritárias para implantação de Estações Rádio-Base no território municipal.*"

"*Ao disciplinar a ordem de preferência dos locais para a instalação da infra-estrutura para radiodifusão e telecomunicação, a lei não interfere direta ou indiretamente na prestação dos serviços, tampouco busca conferir tratamento legal para tais matérias.*"

"*Extrai-se de sua leitura, que o comando emitido pelo ato normativo atacado possui estrita finalidade de dispor sobre o uso e ocupação do solo no território municipal, sendo que não cuida de regras atinentes a serviços de telecomunicações ou serviços de radiodifusão, estes sim de competência exclusiva da União.*"

"*Repise-se que o Município não está invadindo a competência da União porque a ele assiste o direito de regular sobre o uso e ocupação do solo, em atenção ao art. 30, VIII, da Constituição Federal, aplicável por força do art. 144, da Constituição Estadual.*"

"*Ademais, estabelecer critérios para identificar o local de melhor viabilidade para instalação de Estações Rádio-Base no Município constitui matéria de peculiar interesse municipal, sobre o qual é possível o tratamento legislativo.*" (ADIn nº 0.074.653-22.2013.8.26.0000 - v.u. j. de 21.08.13 - Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**).

Além do mais, "*a circunstância de competir à Agência Nacional de*

Acesso ao Sumário

Telecomunicações a fiscalização do serviço de comunicação ***não dispensa a observância das posturas municipais*** *pelas concessionárias da União...*" (grifei - **STF** - RE nº 661.497/SP - DJ-e de 09.12.11 - Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**).

E ainda,

"*III - A Lei Federal nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, defendeu as atribuições dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ao disciplinar no artigo 74, verbis: A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações* ***não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais****, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.*"

"*IV - Do acima disposto deflui a legalidade das normas locais, as quais impõem obrigações decorrentes da execução das concessões, permissões ou autorização dos serviços de telecomunicações, vinculadas tais obrigações às garantias e valores difusos inerentes ao bem estar da população.*" (grifei - **STJ** - RMS nº 22885/DF - DJ-e de 17.04.08 - Rel. Min. **FRANCISCO FALCÃO**).

Tal é o caso dos autos.

Norma impugnada houve por bem zelar pela **segurança** e **saúde pública**, ressalte-se, no **âmbito** exclusivamente **local**, que devem prevalecer sobre qualquer outro interesse econômico a exemplo do que ocorre com a instalação de postos de combustível ("*... a fixação, por lei municipal, de distância mínima entre postos de revenda de combustíveis,* ***por motivo de segurança****, não ofende os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.*" - **STF** - ARE nº 717.883/SC - DJ-e de 20.11.12 - Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**).

Observe-se, especificamente quanto ao primeiro desses critérios - **segurança** -, ter o **Pretório Excelso**, ao examinar legislação local quanto a distância entre postos de combustível (outro serviço federal objeto de concessão) entendido legítima a imposição de limite por interesse municipal (RE nº 199.101/SC - j. de 14.06.05 - Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE** e ARE nº 717.883/SC - d.m. de 13.11.12 - Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWISKI**), orientação a prevalecer também aqui.

No mais, ausente qualquer vício de inconstitucionalidade a invalidar a norma legal.

Improcedente, portanto, a arguição, mantém-se a **Lei Complementar nº 41, de 20 de setembro de 2011**, na íntegra.

Assim não fosse, como se admite tão somente para argumentar, **não** parece razoável reconhecer a integral inconstitucionalidade da lei municipal, subsistindo, portanto, regulamentação peculiar de uso e ocupação de solo, à luz

Acesso ao Sumário

de precedentes acima informados.

3. Pelo meu voto, julgo improcedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 15.775)

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Ação proposta pelo Prefeito do Município de Itapetininga em face da Lei Complementar nº 41, de 20 de setembro de 2011, que dispõe sobre a instalação de sistema de transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas de transmissão de radiação eletromagnética não ionizante no Município de Itapetininga - Alegação de inconstitucionalidade material, dado que não compete à lei municipal, senão que à lei federal, legislar sobre telecomunicações, nos termos dos artigos 21, XI e 22, IV da Constituição Federal - Ocorrência - Competência da União, exclusiva, para legislar sobre telecomunicações - Precedentes deste Colendo Órgão Especial - Ação procedente.

Ajuíza o Prefeito Municipal de Itapetininga ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Complementar nº 41, de 20 de setembro de 2011, que dispõe sobre a instalação de sistema de transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas de transmissão de radiação eletromagnética não ionizante no Município de Itapetininga.

Sustenta-se na inicial, em síntese, que a Câmara Municipal de Itapetininga, ao promulgar referida lei, usurpou da competência da União, nos termos dos artigos 21, inciso XI, e 22, inciso IV, da Constituição Federal.

A liminar foi deferida, vez que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (fls. 307/310). Prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Itapetininga (fls. 316/361), sobrevindo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 363/372). Atendendo preliminar alçada pelo ilustre Procurador de Justiça, o julgamento foi convertido em diligência para citação do Procurador Geral do Estado, tendo este asseverado a desnecessidade de defesa do ato (fls. 382/383).

É o relatório.

Os argumentos da decisão que deferiu o pedido de liminar já prenunciavam

Acesso ao Sumário

o acolhimento da ação. Ei-la:

"*O Prefeito do Município de Itapetininga afora ação apropriada objetivando declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 41, de 20 de setembro de 2011, daquela comuna - cujo projeto, de iniciativa do Poder Legislativo, foi aprovado, sendo a lei promulgada pelo Presidente da Câmara de Vereadores -, que dispõe sobre a instalação de sistema de transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas da radiação eletromagnética não ionizante no município de Itapetininga e dá outras providências.*

Alega o autor que manifesta é a inconstitucionalidade, por usurpação de competência da União, nos termos dos artigos 21, inciso XI, e 22, IV, da Constituição da República. Afirma que, instituindo critérios díspares daqueles estabelecidos pela Lei Federal nº 11.934/2003 e do antigo regulamento sobre limitação da exposição a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos na faixa de radiofrequência entre 9 khz e 300 ghz, aprovado pela resolução nº 303 de 02 de julho de 2002, o diploma legislativo em questão tornou-se inconstitucional.

Traz o alcaide a lume acórdão deste Órgão Especial que, enfrentando tema idêntico em arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 8ª Câmara de Direito Público, reconheceu recobrir-se do vício de inconstitucionalidade de lei do Município de Campinas que dispunha da mesma forma que a lei de Itapetininga.

Requer o proponente, liminarmente, porque presentes os pressupostos, suspensão da eficácia da Lei Complementar nº 41/11, até o julgamento final da ação.

É o relatório bastante para o exame do requerimento de concessão de liminar.

O pedido é consistente com o fumus bani juris, pois este Órgão Especial, de fato, já teve oportunidade de analisar lei semelhante do Município de Campinas, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, Relator Des. Xavier de Aquino, cujo acórdão asseverou ser 'viciada é a Lei Municipal 11.024/2001, pois interfere na legislação e prestação de serviços de telecomunicações de âmbito privativo da União, como visto.

A competência para legislar sobre assuntos de interesse local conferida pelo art. 30, inciso I, da Constituição Federal não lhe socorre, haja vista que o inciso II do mesmo dispositivo estabelece caber ao Município 'suplementar a legislação federal e a estadual no que couber' (grifos nossos). Ou seja, tratando-se de questão abrangida por competência legislativa (e material) da União, não pode lei municipal alterar ou criar imposições diferentes daquelas estabelecidas pela legislação federal, representada, na hipótese, pela Lei 9.472/1997 e demais regulamentação, principalmente porque os serviços de

Acesso ao Sumário

telecomunicações devem ser privativamente executados, diretamente ou por concessão, autorização ou permissão, pelo ente federal, como explicitamente consta do inciso XI do art. 21 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 8/1995.

Ressalte-se que, no caso, a competência municipal limita-se à de posturas, matéria não abarcada, porém, pela Lei Municipal atacada, como se observa desde seu art. 1º, que condiciona à sua observância a instalação de sistemas transmissores de rádio, televisão, telefonia, telecomunicações em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, definindo 'operadora do sistema ' como 'empresa detentora da outorga, concessão ou autorização (parágrafo único, inciso II').".

E mais adiante:

"Aliás, o Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que não há competência legislativa concorrente ou suplementar em matéria de telecomunicações, mesmo que a pretexto, por exemplo, de regular relação de consumo, porque quaisquer leis estaduais ou municipais que estipulem obrigações a serem cumpridas pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, nessa questão, importa, na verdade, na ingerência e na alteração nos contratos celebrados com a União na prestação de serviço público federal (...)'.".

Quanto ao periculum in mora, demonstrou o autor, à saciedade, sua existência (fls. 9).

Posto assim, concedo a liminar para, com efeito ***ex tunc****, suspender a vigência e eficácia da Lei Complementar nº 41/11, do Município de Itapetininga, colhendo-se informações junto à Câmara de Vereadores de Itapetininga, seguindo os autos para o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça".*

2. Eis a lei objurgada:

"***Art. 1º*** *Os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, passam a vigorar com a seguinte redação:*

'Art. 3º As Estações de Rádio-Bases (ERB's) passam a ser enquadradas na categoria de Instalações Compatíveis com o Uso Residencial, conforme o disposto na Lei de Zoneamento Urbano e nesta Lei Complementar.

Art. 4º A base de sustentação de qualquer antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 110 (cento e dez) metros de distância das divisas do local em que estiver instalada.'

Art. 2º *Fica acrescentado um parágrafo único ao artigo 4º da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, com a seguinte redação:*

'Art. 4º

Parágrafo único. O ponto de emissão de radiação da antena transmissora

Acesso ao Sumário

deverá estar, no mínimo, a 110 metros de distância da divisa do imóvel onde estiver instalada.'

Art. 3º *Ficam revogados o 'art. 5º' e o '§ 1º do art. 8º', ambos da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008.'*

Art. 4º *O artigo 13 da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:*

'Art. 13 As Estações Rádio-Bases não poderão ser localizadas em uma distância inferior a 100 (cem) metros de hospitais, postos de saúde, maternidades, pronto-socorros, clínicas médicas com internação e similares, berçários, escolas e creches.'

Art. 5º *Fica acrescentado um parágrafo único ao artigo 13 da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, com a seguinte redação:*

'Art. 13.

Parágrafo único. As Estações Rádio-Bases deverão observar uma distância mínima de 500 (quinhentos) metros entre si para a sua instalação.'

Art. 6º *As Torres e equipamentos de telecomunicações já instalados até a data da publicação desta Lei Complementar deverão ser regularizados no prazo máximo de 6 (seis) meses, desde que atendam, no que couber, aos dispositivos e normas estabelecidas nos Capítulos I, II e III da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008.*

Art. 7º *Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*"

3. Tem-se, assim, que a lei atacada dispôs sobre os locais e forma de instalação das Rádio-Bases, bem como no que respeita à regularização daquelas já instaladas.

A repartição de competências é princípio constitucional e reflete um dos aspectos mais relevantes do pacto federativo.

É clássica lição de José Afonso da Silva, para quem 'O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local (...)' (*Curso de direito constitucional positivo*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 478).

Note-se, a propósito, que não se trata de invocar norma da Constituição Federal como parâmetro para o controle da constitucionalidade de lei municipal pelo E. Tribunal de Justiça. Isso, de fato, não seria possível, pois significaria usurpação da competência do E. STF. Entretanto, a repartição constitucional de competências é princípio estabelecido pela CF/88 (arts. 1º e 18), pois reflete um dos aspectos mais relevantes do pacto federativo, ao definir os limites da

Acesso ao Sumário

autonomia dos entes que integram a federação brasileira. Isso decorre claramente da interpretação sistemática da Constituição Federal. Daí que, violando-se um princípio constitucional (pacto federativo - repartição constitucional de competências), o que se tem é a ofensa ao art. 144 da Constituição Paulista.

A importância capital do princípio federativo vem expressa no Título I, denominado 'Dos Princípios Fundamentais', logo no artigo 1º: 'A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Sendo a organização federativa do Estado brasileiro um princípio fundamental da República do Brasil, e constituindo elemento essencial dessa forma de estado a distribuição de competência legislativa entre os entes federados, inescapável a conclusão de ser essa discriminação de competência um princípio estabelecido na Constituição Federal. Assim, quando o referido artigo 144 ordena que os Municípios, ao se organizarem, devem atender os princípios da Constituição Federal, fica claro que se estes editam lei municipal fora dos parâmetros de sua competência legislativa, invadindo a esfera de competência legislativa da União, não estão obedecendo ao princípio federativo e, pois, afrontando estão o artigo 144 da Constituição do Estado.

O modelo de repartição de competências entre os entes federados estabelece ser da União a competência material "*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*" (artigo 21, XI), dispondo o inciso XII, "a" caber a esse ente federativo a exploração, diretamente ou mediante autorização permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. A *lei* mencionada no artigo 21, XI, é a **lei federal**, e **somente ela**, coadunando-se essa atribuição com **competir privativamente** à União legislar sobre *telecomunicações* e *radiodifusão*, conforme prevê do artigo 22, IV, da Constituição da República.

São abrangentes as determinações da Constituição, **alcançando as telecomunicações e as externalidades** atinentes à execução dos serviços. Como afirmado pela Procuradoria-Geral de Justiça, na ADIN nº 0082817-73.2013.8.26.0000, que versa sobre o mesmo tema, "O estado de probabilidade (prevenção) ou de incerteza (precaução) de riscos, perigos ou danos decorrentes dos serviços de telecomunicações é unitariamente concebível e estimável para qualquer Estado ou Município da Federação, motivo que inspira a uniformidade e a centralidade normativa (não bastasse a titularidade federal do serviço), pois, os efeitos serão os mesmos em bens e pessoas situados no território nacional.".

Observe-se que a União editou a Lei nº Lei nº 9.472/97 que dispõe caber a ela, por intermédio do órgão regulador (ANATEL), "*organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, incluídos o disciplinamento e a*

Acesso ao Sumário

fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e do funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e de espectro de radiofrequência" (art. 1º e parágrafo único). À ANATEL foi conferida a competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, dentre elas a expedição de normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XII).

Convergem doutrina e jurisprudência para o entendimento de, ao dispor o artigo 30, I, da Constituição da República competir ao Município "legislar sobre assuntos de interesse local", está a Carta a referir legislar sobre assuntos de *predominante* interesse local. Todo interesse municipal é, reflexamente, estadual e, ao mesmo tempo federal. Portanto, o interesse do Município dever ser o preponderantemente local.

"A competência expressa do Município é voltada para os assuntos de interesse local, devendo prevalecer sobre as competências federais e estaduais. O critério básico de distinção é do interesse predominante, ou seja, frente aos interesses da União ou dos Estados, em determinadas matérias, o interesse municipal deve ter um grau maior de validade, em situações peculiares" (Nelson Nery Costa, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides / Jorge Miranda / Walber de Moura Agra, Editora Forense, 1ª edição, 2009, p. 633).

Não se insere, dest'arte, a matéria em debate na competência municipal, a título de disciplina da **ocupação do solo urbano** (artigo 30, VIII da Constituição Federal).

Bem observou o Procurador de Justiça oficiante Sérgio Turra Sobrane:

"*Sobre a matéria, a União no uso de sua competência privativa de legislar (CF, art. 22, IV), editou a Lei nº 9.472/97, estabelecendo que a ela, através do órgão regulador, cabe organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. Dispôs, ainda, que a organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e do funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e de espectro de radiofrequências (art. 1º e parágrafo único).*

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a quem a lei conferiu as atribuições de órgão regulador (art. 8º), com a competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, dentre elas a expedição de normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XII), já disciplinou, ainda que parcialmente, a matéria objeto da lei estadual impugnada,

Acesso ao Sumário

através da Resolução nº 303/2002, que aprovou o Regulamento sobre limitação da exposição a campos elétricos, magnético e eletromagnéticos na faixa de radiofrequências entre 9 Khz e 300 GHz.

Nem se alegue a existência de interesse local ou autonomia municipal para simples disciplina do uso e ocupação do solo urbano. A questão, como exposta, demonstra a inocorrência da predominância - chave mestra para delimitação da autonomia local - na medida em que não se cinge às peculiaridades da cada comuna o estabelecimento de posturas edilícias para evitar riscos ou perigos à vida, à saúde, à segurança, decorrentes de instalações de telecomunicações, posto que em qualquer espaço do território nacional prevalece, ao contrário, a identidade de causas e efeitos. Deste modo, normas que contêm ou indicam padrões ou parâmetros para uso de instalações e equipamentos dos serviços de telecomunicações, inclusive relativamente a seus reflexos a terceiros, são da órbita de competência normativa federal." (fls. 366/368).

A eventual alegação de que a Lei em debate estaria a cuidar da defesa da saúde do munícipe e, pois, seria competente, é de ser rechaçada. Primeiro porque legislar sobre defesa da saúde é de **competência concorrente** de todos os entes federativos, exclusive o Município, segundo o artigo 24, XII, da Constituição Federal. E, segundo, que nem a título de estar suplementando a legislação estadual ou federal no que couber (artigo 30, II, da Constituição Federal) se **salva a lei**, pois a Lei Federal nº 11.934/2009, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétrico, magnéticos e eletromagnéticos regulou inteiramente o assunto, **não sobrando espaço para suplementação**, pois estabeleceu:

"*Art. 1º Esta lei estabelece limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento de estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuário e de sistemas de energia elétrica nas faixas de frequências até 300 GHz (trezentos gigahertz), visando a garantir a proteção da saúde e do meio ambiente.*

Parágrafo único. Estão sujeitos às obrigações estabelecidas por esta Lei as prestadoras de serviço que se utilizarem de estações transmissoras de radiocomunicação, os fornecedores de terminais de usuário comercializados no País e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de energia elétrica.

Art. 2º Os limites estabelecidos nesta Lei referem-se à exposição:

I - da população em geral aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; e

II - de trabalhadores aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos em razão de seu trabalho.".

De qualquer maneira, a questão ora em debate já foi decidida por este Órgão

Acesso ao Sumário

Especial, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, Relator Des. Xavier de Aquino, cujos fundamentos também integram este acórdão:

"*Merece acolhida a arguição. (...)*

Vê-se que expressamente essa Lei busca impor condições às concessionárias responsáveis pelas instalações de antenas transmissoras de telefonia celular no Estado de São Paulo, nos termos do seu art. 1º, usurpando frontal e claramente competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e de prestar tais serviços, nos termos do art. 22, inciso IV, combinado com o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal.

Nem eventual alegação de que a norma em testilha trata de questão de saúde, o que a tornaria legítima em virtude da competência legislativa concorrente estipulada pelo art. 24, inciso XII, da Carta da República, uma vez que as normas por ela veiculadas são todas relativas a antenas e de natureza técnica, não bastando para alterar a sua natureza a menção, de passagem, à Organização Mundial de Saúde no final do art. 3º.

Ademais, 'ad argumentandum', ainda que fosse possível a edição pelo Estado-Membro de tal lei, estaria inquinada de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, posto que proveniente de Projeto de Lei apresentado por Deputado Estadual, incompetente para fazê-lo relativamente à matéria de âmbito administrativo, especialmente quando cria obrigações para o Executivo, mais especificamente a Secretaria da Saúde, no art. 7º.

Igualmente viciada é a Lei Municipal 11.024/2001, pois interfere na legislação e prestação de serviços de telecomunicações de âmbito privativo da União, como visto.

A competência para legislar sobre assuntos de interesse local conferida pelo art. 30, inciso I, da Constituição Federal não lhe socorre, haja vista que o inciso II do mesmo dispositivo estabelece caber ao Município "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (grifos nossos). Ou seja, tratando-se de questão abrangida por competência legislativa (e material) da União, não pode lei municipal alterar ou criar imposições diferentes daquelas estabelecidas pela legislação federal, representada, na hipótese, pela Lei 9.472/1997 e demais regulamentação, principalmente porque os serviços de telecomunicações devem ser privativamente executados, diretamente ou por concessão, autorização ou permissão, pelo ente federal, como explicitamente consta do inciso XI do art. 21 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 8/1995.

Ressalte-se que, no caso, a competência municipal limita-se à de posturas, matéria não abarcada, porém, pela Lei Municipal atacada, como se observa desde seu art. 1º, que condiciona à sua observância a instalação de sistemas

Acesso ao Sumário

transmissores de rádio, televisão, telefonia, telecomunicações em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, definindo "operadora do sistema" como "empresa detentora da outorga, concessão ou autorização emitida pelo poder público, para operar sistemas transmissores" (art. 1º, parágrafo único, inciso II).

O art. 10 impugnado claramente extrapola normas de ordenação urbanística, criando obrigação adicional à empresa concessionária, permissionária ou autorizatária, ao dispor que "a instalação de sistemas de transmissores descritos na presente lei será executada apenas quando for precedida da consulta com autorização escrita de 60% dos proprietários dos imóveis num raio de 200 (duzentos) metros a partir da projeção ortogonal do ponto de emissão de radiação".

Anote-se que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei 9.472/1997, editou a Resolução 303/2002 que "aprova o Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequências entre 9 KHz e 300 Ghz" tratando da matéria.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que não há competência legislativa concorrente ou suplementar em matéria de telecomunicações, mesmo que a pretexto, por exemplo, de regular relação de consumo, porque quaisquer leis estaduais ou municipais que estipulem obrigações a serem cumpridas pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, nessa questão, importa, na verdade, na ingerência e na alteração nos contratos celebrados com a União na prestação de serviço público federal (...).".

Anoto que este Colendo Órgão Especial, recentemente (em 30 de outubro de 2013), em sede de arguição de constitucionalidade, por maioria de votos, julgou no mesmo sentido a matéria, conforme Arguição de Inconstitucionalidade nº 0082817-73.2013.8.26.0000, Relator o Desembargador Guerrieri Rezende (14x09), na qual proferi declaração de voto vencedor. Também assim na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0103198-05.2013. 8.26.0000 (15x08), em que acabei como Relator Designado. Já na ADI nº 0199046-53.2012.8.26.0000 (julgada em 10/04/2013), em que fui relator, a procedência se deu por votação unânime.

4. Por todo o exposto, **julgo procedente a presente ação para declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei Complementa r nº 41, de 20 de setembro de 2011, do Município de Itapetininga**.

Consigne-se que essa decisão já tem o condão de suspender a execução da mencionada lei, não havendo necessidade de que seja comunicada à Câmara Municipal para que o faça, pois o Supremo Tribunal Federal houve por bem

Acesso ao Sumário

declarar inconstitucional o parágrafo terceiro do artigo 90, da Constituição do Estado de São Paulo. Adotou a Corte Suprema jurisprudência dela própria, no sentido de reconhecer a competência do Tribunal de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, parágrafo 2º), ainda que esses dispositivos consistam em reprodução de preceitos da Constituição Federal. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, outrossim, que, por se tratar de representação de inconstitucionalidade, uma vez que, concluindo o Tribunal pelo conflito de normas, não mais se poderia cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal (RE 199293/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2004).

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0093658-30.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS - ABRASCE , são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI E ARANTES THEODORO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.940)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração), XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL (com declaração), PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA E FRANCISCO CASCONI, julgando a ação improcedente; e ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ARANTES THEODORO (com declaração) E TRISTÃO RIBEIRO, julgando a ação procedente em parte.

São Paulo, 15 de janeiro de 2014.

CAUDURO PADIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, que obrigam os shopping centers a implantarem em suas dependências ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro. Poder de polícia exercido pela Administração Municipal em área de grande contingente humano visando preservar a integridade física e a saúde dos frequentadores e usuários dos shoppings. Centros comerciais que também expõe a risco os frequentadores. Inexistência de vício de iniciativa e de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inteligência do art. 1º, III, da Constituição da República e do art. 220 da Constituição do Estado. Ação improcedente, inconstitucionalidade afastada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pela Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE visando declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, que obrigam os shopping centers a implantarem em suas dependências ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro.

Alega, em síntese, invasão de competência, ressalta a violação ao princípio da livre iniciativa; competência privativa da União para legislar sobre seguridade social (art. 1º da CE e art. 22, inciso XXIII da CF), inexistência de competência concorrente do Município (art. 30, incisos I e II da CF) e aduz que o particular não pode ser compelido a executar atividade inerente ao Poder Público. Pede a concessão de liminar a fim de suspender a eficácia da Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, bem como a procedência da ação.

A liminar foi indeferida, fls. 290/291.

O Presidente da Câmara Municipal de São Paulo prestou informações arguindo preliminares de ilegitimidade ativa, impossibilidade jurídica do pedido, e, no mérito insiste na legalidade das normas impugnadas, requerendo a extinção do feito sem resolução do mérito ou a improcedência da ação (fls. 332/359).

A d. Procuradoria Geral do Estado em manifestação argui ilegitimidade ativa e extinção do processo sem resolução do mérito ou a improcedência da

Acesso ao Sumário

ação (fls. 412/431).

O Prefeito do Município de São Paulo, em informações, pugnou pela inexistência de inconstitucionalidade formal e material e consequente improcedência da ação (fls. 435/441).

A d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa, com extinção do processo sem resolução do mérito, ou pela improcedência da ação (fls. 443/455).

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pela Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE visando declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.947/1991, que impõe a exigência de instalação de ambulatório médico ou serviço de pronto socorro nas edificações destinadas a abrigar shopping centers e dá outras providências; da Lei nº 11.649/1994, que altera a Lei nº 10.947/1991; e do Decreto nº 29.728/91 que regulamentou a Lei 10.941/1991, todos do Município de São Paulo.

Não há impossibilidade jurídica do pedido.

Como bem observou o d. Procurador Geral de Justiça, "*a incompatibilidade vertical arguida é em face da norma remissiva da Constituição Estadual, não havendo espaço para se cogitar de constraste direto de lei municipal com a Constituição Federal*" (fl. 446).

Ademais, estabelece o art. 144 da Constituição Estadual: "*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*".

Trata-se de norma estadual remissiva passível de utilização para fins de controle abstrato de constitucionalidade, como já decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

"[...] *Vale mencionar, neste ponto, que* ***esta Suprema Corte também tem admitido, como parâmetro de confronto, para os fins a que alude o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a referência constante de dispositivos, que, inscritos no texto da Constituição estadual, limitam-se a fazer mera remissão normativa a regras positivadas na Constituição Federal****, como se vê, p. ex., de decisão que está assim ementada: '(...) A questão da parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, no âmbito do Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos estaduais e/ou municipais contestados em face da Constituição Estadual.* ***Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria***

Acesso ao Sumário

Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o "corpus" constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. (...).' (ADPF 100-MC/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 'in' Informativo/STF nº 532/2008). *Cabe destacar, ainda, por extremamente relevante, fragmento da decisão proferida pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, que, ao julgar a Rcl 4.432/TO, reafirmou a legitimidade da utilização, no plano local, da técnica das normas remissivas, salientando, então, a esse propósito, em sentido idêntico ao deste ato decisório, que '(...) as normas pertencentes à Constituição estadual, que remetem à disciplina de determinada matéria na Constituição Federal, podem servir de parâmetro de controle abstrato de Constitucionalidade no âmbito estadual'* (Rcl 4.432/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei). [...]" (Informativo nº 606, Rcl. 10.500).

Também **não é o caso de ilegitimidade ativa**. A legitimidade da autora decorre do art. 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo, segundo o qual: "*São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:*

(...)

V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;"

Aliás, esse entendimento já foi proclamado por este Colendo Órgão Especial, em caso análogo, por ocasião do julgamento da ADIN n. 994.09.229236-7, promovida pela ora autora, Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE em face do Presidente da Câmara Municipal de Campinas, assim ementado:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS ABRASCE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA LEGITIMAÇÃO ESPECIAL - ART. 90, V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA - OBJETIVO INSTITUCIONAL UNO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - PRELIMINAR AFASTADA. A associação requerente detém a legitimidade ativa especial de que trata o art. 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo, pois preenche os requisitos objetivos, quais*

Acesso ao Sumário

sejam: a) representatividade adequada: todos os membros são empreendedores, investidores e gestores de shoppings associados; b) objetivo institucional classista uno, uma vez que a entidade se presta, basicamente, à promoção e defesa dos interesses do setor de shopping centers; e, c) pertinência temática, na medida em que a norma objurgada confere isenção ao pagamento de tarifa de estacionamento aos proprietários e funcionários de estabelecimentos comerciais no âmbito dos shopping centers daquele município".[1]

1 No referido caso, consignou o ilustre relator Des. Artur Marques: "A respeito do tema da legitimidade ativa da entidade de classe para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, assentou-se no E. Supremo Tribunal Federal que a 'iniciativa está a exigir um grau maior de representatividade do que a do mandado de segurança, o qual, mesmo sendo coletivo, nada mais persegue do que a proteção de uma soma de direitos individuais, sem alcançar a abstração característica do resultado pretendido na ação direta' (STF - ADI nº 34-9, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 05.04.1989)

Esclarecedora é a decisão proferida na Questão de Ordem nº 108-6/DF, em que o Pretório Excelso assim dispôs:

'não se pode conceber entidade de classe integrada por pessoas que pertençam a segmentos que se antagonizam no plano das relações de produção e de trabalho.

As entidades de classe devem ser compreendidas, na perspectiva do exercício do poder de ativação da jurisdição constitucional de controle, como organismos personificados e estáveis, de natureza civil, cujo substrato, permanentemente decorrente de um vínculo social básico ou derivado da identidade de interesses corporativo-profissionais das pessoas físicas que as integram, repousa na solidariedade, comunhão e homogeneidade, tanto de situações jurídicas ou econômico-sociais, quanto dos próprios interesses daqueles que as compõem. Essa relação-base, de caráter matricial, situa-se na gênese das entidades de classe, cuja existência é somente concebível em função dos objetos institucionais que lhes inerem e que dão transindividualidade e transcendência à pluralidade dos interesses singulares das pessoas naturais que as compõe.

Isso significa que não se configuram como entidades de classe aquelas instituições (...) que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, se revelam, ainda que em tese, contrastantes.

Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, institui o necessário fator de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe ou integrantes de uma categoria homogênea. (STF, ADI nº 108-6/DF, Questão de Ordem, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.04.1992)

É verdade que o E. Supremo Tribunal Federal entendia que "não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações (...), pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma" 3. Contudo, tal posicionamento já foi revisto e alterado, conforme se verifica da ementa que segue:

'Ação direta de inconstitucionalidade; legitimação ativa; 'entidade de classe de âmbito nacional'; compreensão da 'associação de associações' de classe; revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.' (ADI 3153 AgR, rel. Min. Celso de Mello, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno julgado em 12.08.2004. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 994.09.229236-7 (antigo: 188.196-0/6-00).

Além disso, a doutrina pondera que "a legitimação da requerente para reclamar a declaração de inconstitucionalidade é daquelas que se convencionou denominar 'especial', e não 'universal', para cuja

Acesso ao Sumário

O raciocínio é o mesmo ressaltando que há **pertinência temática** na configuração é exigida a presença da chamada 'pertinência temática', definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação. (MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 22. ed. atual. Atlas, p. 731)

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 994.09.229236-7 (antigo: 188.196-0/6-00) Tratando do tema, o Excelso Pretório já deixou explicitado que, para definir a legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade, 'cumpre examinar a pertinência temática, tendo em vista o objetivo social, previsto no estatuto, e o alcance da norma atacada (STF - ADI nº 1.508 MC/RJ, rel. Min. Marco Aurélio. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 994.09.229236-7 (antigo: 188.196-0/6-00).

No caso concreto, o estatuto social da requerente dispõe:

'Artigo 2º - A Associação tem por finalidade:

a) representar os associados perante quaisquer órgãos, autoridades ou entidades, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, para fins de promoção e defesa dos interesses do setor de shopping centers e encaminhamento de questões relacionadas com os objetivos sociais da Abrasce;

b) promover quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais, individuais ou coletivas, no interesse dos associados, tais como, exemplificativamente: (...), representação de inconstitucionalidade em face de normas estaduais, municipais ou distritais contrárias, respectivamente, às Constituições Estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal (...);

c) colaborar para o aprimoramento das empresas e atividades de shopping centers, congregando seus empreendedores, investidores e gestores na promoção e defesa de seus direitos, interesses e prerrogativas;

d) promover entre seus associados o permanente intercâmbio de experiências e informações técnicas acerca dos sistemas e métodos de administração especializada;

e) promover conferências, debates, cursos, seminários, congressos e feiras, de natureza comercial, "técnica ou administrativa, assim como atividades educacionais e estudos que tenham por finalidade a divulgação institucional do setor, bem como tornar disponível, para todos os associados, os conhecimentos e experiências acumulados por especialistas e empresários do País e do exterior;

f) sugerir normas éticas e regulamentares a que se devam ajustar as atividades de seus associados;

g) divulgar as atividades de shopping center e seus regimes jurídicos, gerencial e econômico, bem como outros assuntos de interesse público ou de caráter social relacionados com as finalidades institucionais da Abrasce;

h) colaborar e manter intercâmbio com outras entidades ou associações, brasileiras ou estrangeiras, que tenham por objetivo, direto ou indireto, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das atividades de comércio e do setor de shopping centers, incluindo associações de lojistas, mediante a celebração de convênios, ou por qualquer outro meio.

(...)

Artigo 3º, § 1º - Os shopping centers detentores do Selo Abrasce (...) serão inscritos em um Cadastro do qual constarão, entre outros elementos, a área bruta locável (...) do empreendimento, o nome e endereço dos respectivos empreendedores, investidores e gestores a serem admitidos como associados da Abrasce e o nome e a qualificação da pessoa que os representará perante a Abrasce (...).

Artigo 5º - Podem ser associados da Abrasce os empreendedores, os investidores e os gestores de Shoppings Associados, devendo o pedido de associação ser feito mediante requerimento escrito a ser encaminhado ao Diretor Presidente da Abrasce.

Parágrafo único - Perde, automaticamente, a condição de associado da Abrasce o empreendedor, investidor ou gestor que se desvincular do Shopping Associado que tenha servido de base para a sua associação, ou se dito Shopping Associado deixar de fazer jus ao Selo Abrasce, salvo se o empreendedor, investidor ou gestor permanecer vinculado a outro Shopping Associado'.

Tais disposições demonstram homogeneidade de interesses e princípios que permeiam a indigitada associação, configurando o essencial requisito da representatividade adequada, observando-se que todos os membros são empreendedores, os investidores e os gestores de shoppings associados.

Também está presente o objetivo institucional classista uno, uma vez que a entidade se presta, basicamente, à promoção e defesa dos interesses do setor de shopping centers. E, por fim, vislumbra-se o cumprimento do requisito da pertinência temática, na medida em que a norma objurgada confere isenção ao pagamento de tarifa de estacionamento aos proprietários e funcionários de estabelecimentos comerciais no âmbito dos shopping centers daquele município.

Acesso ao Sumário

medida em que os comandos normativos em discussão impõem obrigações aos shopping centers, com ônus aos associados.

Superadas as preliminares, passo a análise do mérito.

A Lei Municipal nº 10.947/1991 foi alterada pela Lei nº 11.647/94 e regulamentada pelo Decreto nº 29.728/91.

A Lei nº 10.947/91, em seu artigo 1º impôs a implantação de ambulatório médico de serviços de pronto socorro nos shopping centers existentes na cidade de São Paulo, concedendo aos estabelecimentos já existentes o prazo de 180 dias para adequação. Quanto aos shoppings construídos após a sua vigência, dispôs o art. 2º que não seria concedido "auto de conclusão" e o consequente alvará de funcionamento quando a edificação não comportasse área exclusivamente destinada à instalação dos serviços de urgência. Assim constava:

"*Art. 1º - Torna-se obrigatória, nos 'shopping-centers' existentes na área do Município a implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro, equipado para o atendimento de emergência, no prazo de 180 dias a partir da regulamentação desta lei. (Alterado pela LM 11.649/94)*

Art. 2º - No caso de novas construções de 'shopping-centers', não será concedido o 'Auto de Conclusão' e o conseqüente alvará de funcionamento, quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de urgência exigidos nesta lei."

O art. 1º da lei 10.947/91 foi alterado pela Lei Municipal nº 11.649/91, para exigir também a presença de pelo menos um médico e uma ambulância:

"*Art. 1º - Torna-se obrigatória, nos Shopping centers existentes na área do Município a implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância.*"

O Decreto Municipal nº 29.728/91, que regulamentou a Lei nº 10.947/91 dispôs:

"*Art. 1º - Nos 'shopping-centers' existentes no Município, é obrigatória a implantação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação deste decreto, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipados para atendimento de emergência.*

Art. 2º - No caso de novas construções de 'shoppings-centers', não serão concedidos 'Auto de Conclusão' e o consequente 'Alvará de Funcionamento', quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de que cuida este decreto.

Art. 3º - As instalações para atendimento médico de urgência deverão possuir, no mínimo:

Acesso ao Sumário

Destarte, fica afastada a preliminar de ilegitimidade ativa" (ADIN n. 994.09.229236-7, relator Des. Artur Marques, j. 04.08.2010)

I - Compartimento para recepção e espera;

II - Compartimento para imediato atendimento;

III - Compartimento para manipulação, expurgo e desinfecção.

Parágrafo único - A soma das áreas previstas no "caput" deste artigo deverá ser igual ou superior a 20,00m2 (vinte metros quadrados)

Art. 4º - Para uso dos funcionários do atendimento médico e, eventualmente, das pessoas atendidas, deverá ser previsto sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4,00m2 (quatro metros quadrados).

Art. 5º - As instalações previstas neste decreto deverão atender às normas de conforto e salubridade exigidas pela legislação de construções em vigor, devendo situar-se na edificação, de modo a possibilitar o acesso por ambulância.

Art. 6º - As edificações existentes e as já licenciadas, mesmo que lhes falte o Auto de Conclusão, que não atendam às disposições deste decreto, deverão apresentar projeto de reforma ou projeto modificativo a fim de obter a licença de adequação às novas disposições.

Parágrafo único - Nos casos devidamente justificados e a critério da Comissão de Edificações e Uso do Solo - CEUSO da Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano - SEHAB, poderão ser aceitas disposições diversas das estabelecidas nos artigos 4º e 5º deste decreto."

Pela análise dos textos, verifica-se que o objetivo da lei **é tutelar** a segurança, a integridade física **e a proteção dos frequentadores dos referidos** estabelecimentos comerciais - shopping centers.

Nas palavras do d. Procurador Geral de Justiça:

"*Trata-se do exercício do poder de polícia administrativa local, matéria do âmbito municipal típico e ordinário, impondo deveres a particulares visando à proteção da saúde do consumidor (...) medida compatível com o afluxo de grande contingente humano a estabelecimento comercial aberto ao público*" (fls. 454/455).

O texto legal limita-se a proteger os **usuários locais**, ou seja, levando-se em conta aspectos de segurança do ambiente ditos "shopping centers", cujo comércio atrai grande contingente de pessoas em busca de consumo, lazer e atividades similares.

Ademais, o cumprimento das referidas leis revelam atuação pró-ativa do Executivo Municipal em consonância com os ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana cuja observância e fiscalização também compete à Administração local.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que não há inconstitucionalidade quando há **evidente interesse local**, como na hipótese em comento com preservação da integridade física **do grande contingente de pessoas** que são atraídas aos

Acesso ao Sumário

referidos centros comerciais.[2]

Neste sentido, dispõe a Constituição do Estado de São Paulo:

"*Artigo 220 – As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.*"

A Lei Municipal nada mais fez do que exercer o **Poder de Polícia** diante do risco em potencial que os referidos centros comerciais podem oferecer aos seus **usuários e frequentadores** resguardando a integridade física dos frequentadores.

Não se pode perder de vista que o poder de polícia é atividade da administração pública que limita e disciplina a prática de atos em conformidade com o interesse público que no caso é local.[3] Nessa ótica, não há que se falar em vício de iniciativa ou ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Também não se trata de transferência de obrigação inerente ao Estado ao particular. Como já ressaltado a imposição de atendimento médico de urgência e sua disciplina visa resguardar **apenas o público frequentador** dos referidos centros comerciais - shopping centers - que atraem um grande número de consumidores, com possível exposição a risco.

Na hipótese, segundo a Constituição Federal, art. 30, incisos I e II, o Município tem competência material para legislar sobre **assuntos de interesse local** e de **suplementar** a legislação federal e estadual[4], no que couber[5]

Vale lembrar as considerações feitas pelo Des. Paulo Dimas Mascaretti, por ocasião do julgamento da ADIN n. 0062282-60.2012:

"*Não se trata, portanto, de transferir à inciativa privada a obrigação do Estado de prestar assistência à saúde, dirigindo-se a imposição legal exclusivamente à garantia do bem-estar do público que diariamente circula naqueles locais, com a disponibilização de serviço médico emergencial*

2 *"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamenlos:*
(...)
III - a dignidade da pessoa huniana;"

3 Apenas para lembrar, o exercício do poder de polícia está amparado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, com redação dada pelo Ato Complementar n. 31 de 1966: "Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

4 As Leis Estaduais 9.791/97 e 11.218/02 são posteriores.

5 "Art. 30 - Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;(...)"

para atendimento de situações internas específicas; aliás, tal providência já implicitamente integra o vínculo obrigacional existente entre as partes, razão pela qual não havia óbice a que o Município dispusesse acerca da forma pela qual esta deveria ser efetivada; destarte, não há que se falar em afronta aos artigos 219 e 220, §§ 2º e 3º, da Constituição Estadual, bem como ao princípio da livre iniciativa, inserido no artigo 170 da Constituição Federal, máxime porque este mesmo dispositivo constitucional elege a defesa do consumidor como um dos princípios a serem observados no exercício da atividade econômica (inciso V)."

Em casos semelhantes já se pronunciou este E. Órgão Especial:

"*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE da Lei nº 10.813, de 16 de novembro de 2010, do município de São José do Rio Preto, que dispõe sobre instalação de serviço médico emergencial em locais com grande circulação de pessoas. Não prospera alegação de vício de iniciativa, pois a Câmara Municipal teria editado norma sobre atos da Administração Pública, cuja matéria exclusiva ao Executivo Municipal. Afastada a hipótese da reserva de iniciativa, que tem hipóteses taxativamente previstas na CF. Não houve desrespeito ao princípio da separação de poderes, albergado no parágrafo 2º da Constituição Federal. O Município pode legislar de forma suplementar sobre saúde pública. Ação improvida. Inconstitucionalidade afastada.*" (ADIN nº 0210098-46.2012, relator Des. Roberto Mac Cracken, j. 06.02.2013).

Na esteira dos precedentes é que se afasta a inconstitucionalidade almejada.

Ante o exposto, o meu voto julga improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 15.865)

I – Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE propõe ação pertinente objetivando declaração de inconstitucionalidade das Leis números 10.947/1991 e 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, do Município de São Paulo, a teor de ofensa aos artigos 22, inciso XXIII, e 30, incisos I e II, da Constituição da República, e artigo 1º da Constituição do Estado, diplomas legislativos esses que impõem aos *shopping centers* instalados na cidade de São Paulo implantação em suas dependências de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro, argumentando que o particular não pode ser obrigado a executar atividade que compete ao Poder Público fazer.

Acesso ao Sumário

O relator, Desembargador Cauduro Padim, julga a ação improcedente, em voto encapsulado na seguinte ementa: "*Ação Direta de Inconstitucionalidade.*

Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, que obrigam os shopping centers a implantarem em suas dependências ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro. Poder de polícia exercido pela Administração Municipal em área de grande contingente humano visando preservar a integridade física e a saúde dos frequentadores e usuários dos shoppings. Centros comerciais que também expõe a risco os frequentadores. Inexistência de vício de iniciativa e de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inteligência do art. 1º, III, da Constituição da República e do art. 220 da Constituição do Estado. Ação desprovida, inconstitucionalidade afastada.".

II - Meu voto.

1. Não colhe a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, visto não se estar diante de contraste de lei municipal com a Constituição Federal senão que com a Constituição do Estado, pois se o Município edita legislação fora dos limites de sua competência, como é afirmado pela Autora, em última análise ofendido é o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Como assinalado pelo Relator, cuida-se de dispositivo constitucional estadual remissivo cuja afronta permite o controle abstrato de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

2. A ABRASCE é entidade de classe de âmbito nacional e o interesse por ela nesta ação defendido tem relação de pertinência, qual seja, existe um vínculo de interesse comum entre os seus integrantes e a proponente (pertinência temática), fatos que a legitimam para a propositura da ação, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição Federal, artigo 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo e artigo 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999. Aliás, este Órgão Especial, como referido pelo Relator, já reconheceu, em ação análoga, a ABRASCE como entidade legitimada para postular declaração de inconstitucionalidade de lei municipal ofensiva da Constituição Estadual.

Acompanho o voto do Relator, dest'arte, no desacolhimento das preliminares.

3. A Lei Municipal nº 10.947/1991 foi alterada pela Lei nº 11.647/94 e regulamentada pelo Decreto nº 29.728/91.

A Lei nº 10.947/91, em seu artigo 1º impôs a implantação de ambulatório médico de serviços de pronto socorro nos *shopping centers* existentes na cidade de São Paulo, concedendo aos estabelecimentos já existentes o prazo de 180 dias para adequação. Quanto aos shoppings construídos após a sua vigência, dispôs o art. 2º que não seria concedido "auto de conclusão" e o consequente alvará de funcionamento quando a edificação não comportasse área exclusivamente destinada à instalação dos serviços de urgência. Assim constava:

"*Art. 1º - Torna-se obrigatória, nos 'shopping centers' existentes na área do Município a implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto-*

Acesso ao Sumário

socorro, equipado para o atendimento de emergência, no prazo de 180 dias a partir da regulamentação desta lei. (Alterado pela LM 11.649/94)

Art. 2º - No caso de novas construções de 'shopping centers', não será concedido o 'Auto de Conclusão' e o consequente alvará de funcionamento, quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de urgência exigidos nesta lei.".

O art. 1º da lei 10.947/91 foi alterado pela Lei Municipal nº 11.649/94, para exigir também a presença de pelo menos um médico e uma ambulância:

"*Art. 1º - Torna-se obrigatória, nos shopping centers existentes na área do Município a implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância.*".

O Decreto Municipal nº 29.728/91, que regulamentou a Lei nº 10.947/91 dispôs:

"*Art. 1º - Nos 'shopping-centers' existentes no Município, é obrigatória a implantação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação deste decreto, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipados para atendimento de emergência.*

Art. 2º - No caso de novas construções de 'shopping-centers', não serão concedidos 'Auto de Conclusão' e o consequente 'Alvará de Funcionamento', quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de que cuida este decreto.

Art. 3º - As instalações para atendimento médico de urgência deverão possuir, no mínimo:

I - Compartimento para recepção e espera;

II - Compartimento para imediato atendimento;

III - Compartimento para manipulação, expurgo e desinfecção.

Parágrafo único - A soma das áreas previstas no 'caput' deste artigo deverá ser igual ou superior a 20,00m2 (vinte metros quadrados).

Art. 4º - Para uso dos funcionários do atendimento médico e, eventualmente, das pessoas atendidas, deverá ser previsto sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4,00 m2 (quatro metros quadrados).

Art. 5º - As instalações previstas neste decreto deverão atender às normas de conforto e salubridade exigidas pela legislação de construções em vigor, devendo situar-se na edificação, de modo a possibilitar o acesso por ambulância.

Art. 6º - As edificações existentes e as já licenciadas, mesmo que lhes falte o Auto de Conclusão, que não atendam às disposições deste decreto, deverão apresentar projeto de reforma ou projeto modificativo a fim de obter a licença de adequação às novas disposições.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único - Nos casos devidamente justificados e a critério da Comissão de Edificações e Uso do Solo - CEUSO da Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano - SEHAB, poderão ser aceitas disposições diversas das estabelecidas nos artigos 4º e 5º deste decreto.".

As exigências, portanto, são de implantação: de ambulatório médico ou serviço de pronto socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância; de compartimento para recepção e espera; compartimento para imediato atendimento; compartimento para manipulação, expurgo e desinfecção, sendo que a soma das áreas previstas no "caput" deste artigo deverá ser igual ou superior a 20,00m2 (vinte metros quadrados); sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4,00 m2 (quatro metros quadrados).

4. Para a Autora, tais obrigações constituem verdadeira transferência para os *shopping centers* da Capital de ações que são fundamentalmente pertinentes ao Poder Público, enquanto que para o Relator, que traz à colação precedentes deste Órgão Especial, as determinações legais estão em consonância com o art. 1º, III, da Constituição da República e artigo 220 da Constituição do Estado.

5. Pelo que dispôs o legislador constituinte originário, a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Vale dizer, como posto no artigo 196 da Constituição Federal - e, de certo modo, também no artigo 219 da Constituição Estadual, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O dever do Estado, compreendido aqui a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cumpre-se pelas prestações de saúde, concretizadas na forma fixada no aludido dispositivo constitucional.

A Constituição brasileira não instituiu o monopólio estatal no âmbito da saúde, pois estabeleceu, no artigo 197, a par de considerar de relevância pública as ações e serviços de saúde, sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público - no que é seguida pela Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 220 -, que a execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Insta notar que a Constituição, no artigo 199, assevera ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde, esclarecendo José Afonso da Silva, a propósito, que "Responsável, pois, pelas ações e serviços de saúde é o Poder Público, falando, neste caso, em *ações e serviços públicos de saúde*, para distinguir da *assistência à saúde* pela iniciativa privada, que ela também admite..." (*Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, p. 771).

Acesso ao Sumário

Na cidade de São Paulo, sabe-se, a frequência aos *shopping centers* é maciça. Os que aqui vivem - e tem algum poder aquisitivo - vão aos *shoppings*

para comprar e desfrutar de alguma forma de lazer.

6. As leis em questão não estão transferindo à iniciativa privada prestação de um serviço que seria eminentemente do Poder Público. Não estão elas impondo aos *shoppings* a implantação de um hospital, de um centro médico de grandes proporções que pudesse ser interpretada como exigência de prática de ações e manutenção de serviços de saúde que almejem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não, o que os diplomas legislativos estão a exigir é que os *shoppings* implantem ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para atendimento de emergência.

Atendimento ambulatorial pode ser tido como o serviço médico que deve prestar o primeiro atendimento à maioria das ocorrências médicas, tendo caráter resolutivo para os casos de menor gravidade e encaminhando os casos mais graves para um serviço de urgência e emergência ou para internamento hospitalar, para cirurgia eletiva ou para atendimento pelo médico especialista indicado para cada paciente.

Já, urgência é a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

De seu turno, emergência é a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

Aí está.

Observe-se que os diplomas legislativos objurgados exigem a presença de apenas *um* médico e a existência de apenas *uma* ambulância, podendo as instalações de atendimento médico ter tão só 20,00 m2 (vinte metros quadrados), no mínimo, em par sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4,00 m2 (quatro metros quadrados), tudo condizente com um atendimento de pequena monta.

Ainda que se possa pensar que o ambulatório médico de serviços de pronto socorro possa acudir quem não está no *shopping* em determinado momento, dele se podendo valer o indivíduo em geral, atende o mesmo, fundamentalmente, a pessoa que nele se acha por qualquer razão e, desse modo, devendo ser encarado como consumidor, inserindo-se, então, as leis em debate no arsenal de medidas de defesa deste, que é um dos princípios que informam a ordem econômica e financeira, como afirmado no artigo 170 da Constituição Federal.

"Cum grano salis", posso conceber as leis atacadas, a exemplo do Relator, como forma de exercício do poder de polícia administrativa do Município de São Paulo, acrescentando, com Sua Excelência, que "Ademais, o cumprimento das referidas leis revelam atuação pró-ativa do Executivo Municipal em

Acesso ao Sumário

consonância com os ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana cuja observância e fiscalização também competem à Administração local.".

7. Nesta senda, sigo, na íntegra, o voto do Relator.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto OE nº 0273)

Cuida-se de ação direta, ajuizada pela Associação Brasileira de Shopping Centers - Abrasce, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, do Município de São Paulo, que dispõem sobre a obrigatoriedade de instalação de ambulatórios médicos ou serviço de prontosocorro em shopping centers.

O Douto Relator Sorteado, Des. Cauduro Padin, julga o pedido improcedente, por não vislumbrar inconstitucionalidade formal, seja no que diz respeito ao vício de iniciativa, seja com relação à competência do Município para legislar sobre a matéria, tampouco identifica vício de ordem material a inquinar a higidez do diploma legal.

Acompanho o culto Relator Sorteado para julgar improcedente a ação direta, limitando-me a tecer considerações que reputo relevantes, em especial acerca da não caracterização de inconstitucionalidade material.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às Leis nº 10.947/1991 e nº 11.649/1994, importa destacar que, no caso dos autos, as leis municipais impuseram obrigações a estabelecimentos comerciais, observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem que se fizesse configurar ofensa ao princípio da livre iniciativa.

Em que pese tenha o diploma normativo utilizado a expressão "ambulatório médico", que, como analisei no julgamento da ADI n. 0062282-60.2012.8.26.0000[6], na qual figurei como Relator Designado, não se mostra o termo mais apropriado para a hipótese, é certo que, *in casu*, a leitura do texto legal permite extrair interpretação restritiva, denotando cuidar-se de ambiente destinado ao atendimento emergencial para prestação dos primeiros socorros aos usuários dos locais.

Naquele precedente, em que prevaleceu o entendimento da inconstitucionalidade da lei municipal de Campinas, o fundamento central para reconhecer o vício material foi a amplitude da previsão contida na norma, que assim previa:

"Artigo 1º - A partir da vigência desta Lei, os estabelecimentos

6 J. em 06/02/2013.

Acesso ao Sumário

comerciais denominados 'Shopping Center' e 'Hipermercados' que vierem a ser construídos no Município de Campinas **deverão possuir, obrigatoriamente, Ambulatório Médico, para atendimento da população.**"

Aliás, confira-se excerto da fundamentação do referido julgado, a demonstrar a diversidade entre a hipótese ora analisada e aquela submetida à apreciação:

"Salta aos olhos a impropriedade da redação utilizada no texto legal que dispõe sobre a obrigatoriedade de *Ambulatório Médico* para *atendimento da população*, o que, na sua literalidade, transmite a ideia de verdadeira imposição ao setor privado de ônus eminentemente estatal.

No entanto, nem mesmo o esforço interpretativo para restringir o alcance da obrigação legal imposta aos estabelecimentos comerciais é capaz de obstar o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei municipal.

Entendo que a imposição aos particulares da obrigação de prestar primeiros socorros poderia, em tese, ter lastro no princípio constitucional da solidariedade social.

Todavia, não se extrai do aludido princípio a possibilidade de se obrigar ente privado a manter um ambulatório médico em seu respectivo estabelecimento, no qual haja a presença de corpo médico e técnico, para desempenho de atribuições que sequer foram minimamente delimitadas na lei."

No caso em exame, a imposição aos particulares da obrigação de prestar primeiros socorros tem lastro no princípio constitucional da solidariedade social, sem transferir à iniciativa privada o ônus estatal de prestar assistência à saúde.

Ademais, a previsão contida nas leis municipais guardam paralelo com as leis estaduais a respeito do tema (Leis ns. 9791/97 e 11218/2002), o que reforça a higidez dos diplomas paulistanos.

Entretanto, não passa despercebido, que o Decreto n. 29.728/1991, ao regulamentar a Lei n. 10.947/1991, em especial ao dispor sobre a área mínima no ambiente destinado à prestação do atendimento emergencial, parece arranhar o princípio da livre iniciativa, indo além dos contornos da lei.

Contudo, como se sabe, eventual irregularidade em norma reguladora de lei, configura mera crise de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, razão pela qual não se mostra adequado o manejo da via concentrada de controle de constitucionalidade para tal finalidade.

A respeito do tema, confira-se a preleção do culto Juliano Taveira Bernardes:

"Noutro rumo, como já analisado, entende o STF não se qualificar como questão constitucional o problema da inconstitucionalidade indireta. A incompatibilidade que se constata na regulamentação de norma primária,

Acesso ao Sumário

por intermédio de norma secundária, representa simples controvérsia situada no campo da ilegalidade, ainda que a norma primária tenha conteúdo similar ao da norma constitucional paramétrica.

...

Irrelevante, portanto, haja o ato regulamentar exorbitado ou restringido o comando legal. Segundo a Corte, não importa se a interpretação administrativa da lei divergiu do sentido e do conteúdo da norma legal que o decreto impugnado pretendeu regulamentar, quer porque este se tenha projetado *ultra legem*, quer porque haja permanecido *citra legem* ou investido *contra legem*. Inclusive nesses casos, a questão caracterizará 'típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar a utilização do mecanismo processual de fiscalização normativa abstrata.'[7]"[8]

Em conclusão, há que se reconhecer a compatibilidade vertical entre as leis municipais e as normas constitucionais, de modo que as Leis nº 10.947/1991 e nº 11.649/1994 do Município de São Paulo são constitucionais.

Com essas considerações, pelo meu voto, também, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

GRAVA BRASIL, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 18.047)

As alegações preliminares foram minuciosamente repelidas pelo ilustre relator, nada havendo a acrescentar a propósito.

No que toca ao mérito, o douto voto condutor propôs julgar improcedente a ação, assim sintetizando os fundamentos deduzidos:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 10.947/1991, da Lei nº 11.649/1994 e do Decreto nº 29.728/1991, que obrigam os shopping centers a implantarem em suas dependências ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro. Poder de polícia exercido pela Administração Municipal em área de grande contingente humano visando preservar a integridade física e a saúde dos frequentadores e usuários dos shoppings. Centros comerciais que também expõem a risco os frequentadores. Inexistência de vício de iniciativa e de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inteligência do art. 1º, III, da Constituição da República e do art. 220 da Constituição do Estado. Ação desprovida, inconstitucionalidade afastada."

Acesso ao Sumário

7 ADInMC 561/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 23-3-2001, p. 84.

8 Juliano Taveira Bernardes, Controle Abstrato de Constitucionalidade - Elementos materiais e princípios processuais, Ed. Saraiva, 2004, p. 181/183.

Pois bem.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada em face da Lei Municipal nº 10.947, de 22 de janeiro de 1991, alterada pela Lei Municipal nº 11.649, de 14 de setembro de 1994, e do respectivo Decreto regulamentar nº 29.728, de 8 de maio de 1991, que dispõem sobre a obrigatoriedade de implantação nos shoppings centers existentes no Município de São Paulo de "ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância" (v. art. 1º da Lei nº 10.947/91 com a redação que lhe atribuiu a Lei nº 11.649/94), instalações estas que deverão conter, no mínimo, "compartimento para recepção e espera, compartimento para imediato atendimento e compartimento para manipulação, expurgo e desinfecção", com área total, somadas, igual ou superior a vinte metros quadrados, além de "sanitário com antecâmara, com área total mínima de quatro metros quadrados", para uso dos funcionários do atendimento médico e, eventualmente, das pessoas atendidas (v. arts. 3º e 4º do Decreto nº 29.728/1991).

Como se vê, a legislação municipal objurgada não envolve tema relativo à seguridade social, mas tão somente a defesa da saúde dos frequentadores dos estabelecimentos comerciais nela mencionados, inocorrendo a alardeada invasão de competência privativa da União.

O ambulatório médico ou o prontosocorro, cuja existência é exigida na legislação examinada, volta-se, evidentemente, apenas ao público usuário dos shoppings centers existentes no Município de São Paulo, destinando-se ao atendimento básico e urgente daqueles frequentadores que o necessitem, equiparado a consultório médico.

Não se trata, portanto, de transferir à iniciativa privada a obrigação do Estado de prestar assistência à saúde, dirigindo-se a imposição legal exclusivamente à garantia do bem-estar do público que diariamente circula naqueles locais, com a disponibilização de serviço médico emergencial para atendimento de situações internas específicas; aliás, tal providência já implicitamente integra o vínculo obrigacional existente entre as partes, razão pela qual não havia óbice a que o Município dispusesse acerca da forma pela qual esta deveria ser efetivada; destarte, não há que se falar em afronta aos artigos 219 e 220, §§ 2º e 3º, da Constituição Estadual, bem como ao princípio da livre iniciativa, inserido no artigo 170 da Constituição Federal, máxime porque este mesmo dispositivo constitucional elege a defesa do consumidor como um dos princípios a serem observados no exercício da atividade econômica (inciso V).

Tem relevo na espécie o fato de que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela saúde e integridade física da população, na forma prevista no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, valendo-se exatamente dessa prerrogativa o Município de São Paulo ao

Acesso ao Sumário

editar o ato normativo impugnado na demanda em causa.

Impende considerar, outrossim, que aludida lei municipal veio a lume exatamente para atendimento do comando contido no artigo 220, *caput* e § 1º, da Constituição Estadual, que impõe ao Poder Público em geral a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de preservação da saúde no ambiente natural, nos locais públicos e de trabalho.

Além disso, não se pode olvidar que o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal[9], atribui ao Município competência material para "legislar sobre assuntos de interesse local" e de "suplementar a legislação federal e estadual no que couber".

A propósito, destaca Alexandre de Moraes que:

> "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da **predominância do interesse** (...) e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. (...) Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse)" (v. "Direito Constitucional", 27ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, pp. 314 e 328/329).

Ora, cuidando-se de questão de manifesto interesse do ente público local, atinente à proteção da saúde da população que frequenta *shoppings centers* situados em seus limites territoriais, nada impedia que a matéria fosse tratada em legislação local específica, haja vista a completa ausência, àquele momento, de normatização em sentido contrário editada pela União ou pelo Estado de São Paulo.

Vale lembrar que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, já decidiu que "é da competência do município legislar sobre medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários, uma vez que tratam de assuntos de interesse local" (v. RE nº 595.408/MG, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 10/08/2011, DJe 17/08/2011),

Acesso ao Sumário

9 "Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"

entendimento que tem inteira aplicação no caso vertente.

É certo que posteriormente foram editadas as Leis Estaduais nºs 9.791/97 e 11.218/2002 que disciplinaram a mesma matéria tratada nas citadas Leis Municipais nºs 10.947/91 e 11.649/94 e no Decreto nº 29.728/91; não obstante, as regras trazidas por essa legislação estadual superveniente em nada infirmam as disposições da legislação municipal questionada nos autos, que permanece, portanto, com sua eficácia plena.

No particular, ao exercer a defesa da norma municipal questionada nos autos, bem realçou a douta Procuradoria Geral do Estado que:

> "A autora equivoca-se ao ver nos diplomas impugnados normas voltadas a regrar a 'assistência à saúde'. Dirigida a centros comerciais denominados 'shopping centers' nos quais, pelas suas próprias características, há concentração de um número elevado de consumidores, resta evidente que o tema tratado nas normas impugnadas remete a dispositivos constitucionais que intentam a defesa da saúde e a garantia de direitos do consumidor.
>
> O risco à saúde, no caso, advém dos serviços que devem estar, ainda que de forma indireta, inseridos na relação *potencial* que se estabelece entre os frequentadores de shopping centers e os comerciantes ali estabelecidos...
>
> Assim, por não se tratar de legislação atinente à seguridade social, o argumento de que somente a União poderia legislar sobre a matéria cai por terra, havendo, isto sim, competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do que dispõe o art. 24, V e XII, do texto constitucional federal, no interesse da defesa da saúde do cidadão/consumidor.
>
> Além disso, pertinente o reconhecimento também de competência material comum entre todos os entes federativos, na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal. Nesse sentido, a repartição constitucional da competência legislativa em matéria de proteção à saúde permite aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, o que se infere do disposto no artigo 30, II, cuja interpretação deve ser feita à luz do disposto no artigo 24, V e XII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, todos da Constituição Federal de 1988, considerado, por certo, o interesse local próprio.
>
> O Município de São Paulo, no uso da competência material comum outorgada pelo constituinte federal para a proteção à saúde da população - neste caso aquela que frequenta shopping centers e é tida como conumidora - e considerando a competência suplementar atribuída pelo artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, bem como pelos artigos 217 a 220 da Constituição Estadual, promulgou a Lei nº 10.497/1991, alterada pela Lei nº 11.649/1994, e regulamentada pelo Decreto nº 29.728/1991, ora impugnados.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que a Lei Municipal em foco foi editada anteriormente às Leis Estaduais nº 9.791/97 e 11.218/2002. Evidencia-se, portanto, que a norma local impugnada, considerando a inexistência à época da sua promulgação de lei estadual, apenas cumpriu a norma estatuída no artigo 220 da Constituição Estadual, não infringindo o artigo o 1º da Constituição Estadual, nem o artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal, porquanto ao Município é outorgada a competência para suplementar a legislação federal e estadual em caso de omissão.

No tocante ao exercício da competência legislativa concorrente e com relação a questões que envolvam direitos fundamentais, há permissão para que Estados e Municípios legislem na direção do aumento do grau de protetividade, não lhes sendo permitido o caminho inverso. Confira-se o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Medida Cautelar da ADI nº 3.937-7 - São Paulo:

'*Em matéria de proteção à saúde, de defesa do meio ambiente, como já afirmado aqui, a competência legislativa é concorrente, a teor do art. 24, VI e XII, de nossa Constituição Federal. De outra parte também, a proteção à saúde, conforme estabelece o artigo 196 da Carta Magna, é de competência do Estado, do Estado genericamente compreendido.*

Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Como argumento final, tenho defendido não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na corte estadual a qual pertenci, como também tive a oportunidade de manifestar esse entendimento nessa Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios'.

Sobre questões relativas à competência constitucional legislativa concorrente, competência constitucional material administrativa (artigo 23, inciso II, da CF - atribuída aos entes da federação para cuidar da saúde e assistência pública) e a defesa do direito fundamental à saúde, trazemos à baila voto da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha no julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 3.937-7/SP:

'*Entretanto, reexaminando a matéria agora, verifiquei, conforme os princípios constitucionais, que especialmente alguns direitos como o à saúde, não são apenas de competência concorrente, como realçou aqui tanto o Ministro Eros Grau quanto o Ministro Joaquim Barbosa, mas também de competência comum - é o art. 23, inc. II, da Constituição -, e que, portanto, no exercício dessa competência, aquela norma poderia ter sido editada*'.

As normas municipais impugnadas foram editadas no vácuo da legislação estadual. O cuidado com o cidadão/consumidor no aspecto

Acesso ao Sumário

de defesa de sua saúde, de sua integridade física, é de competência material comum de todos os entes federados. Assim, ante a inexistência, à época de sua promulgação, de lei estadual regrando a matéria, era necessário ao município legislar suplementarmente para que pudesse exercer integralmente a sua competência material comum.

Do cotejo entre as normas municipais vergastadas e as Leis estaduais posteriormente editadas evidencia-se que não há conflito de competência legislativa, porque os diplomas locais são cronologicamente anteriores. As normas municipais que porventura sejam colidentes com a Lei estadual apenas terão sua eficácia suspensa, nos termos do artigo 24, § 4º, da Constituição Federal.

Não merece amparo, portanto, o argumento da autora de infringência pelos diplomas locais impugnados ao disposto no artigo 1º da Constituição Bandeirante e artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal, porquanto houve respeito pelo legislador à repartição de competências tanto legislativas quanto materiais.

(...)

Os destinatários da lei aos quais se impõe obrigações são diferenciados, porquanto a estrutura proposta para comercialização dos produtos é, na sua essência, uma forma de prestação de serviços que o frequentador/consumidor já está, ainda que indiretamente, pagando.

(...)

Nesse sentido, não encontra respaldo o argumento da autora de que os diplomas municipais em comento ofendem o princípio da livre iniciativa, porquanto cuidam as normas de garantir a defesa da saúde e integridade física do cidadão/consumidor em ambientes cujo número de pessoas é elevado justamente em razão da garantia dos serviços diferenciados, cumprindo ao Poder Público, então, exigir desses estabelecimentos condições compatíveis de atendimento médico à população frequentadora no caso de emergências.

Os valores jurídicos protegidos pelas normas, em consonância com aqueles constitucionalmente alçados à categoria de direitos fundamentais (direito à vida, à saúde e direito do consumidor), certamente se sobrepõem ao direito de livre iniciativa que a autora vislumbra estar sendo violado.

(...)

Imperioso concluir, portanto, que o Estado (tomado em seu sentido lato) tem o dever de proteger a integridade física e a saúde do cidadão/consumidor no que diz respeito, aqui, à obrigação de existir nos estabelecimentos comerciais denominados shopping centers departamentos médicos e ambulância para atendimento de seus frequentadores" (v. fls. 412/431).

No mesmo sentido, assentou a Procuradoria Geral de Justiça, precisamente,

Acesso ao Sumário

que:

"... **insisto na convicção externada em precedente ocasião (ADI 0062282-60.2012.8.26.0000)**.

(...)

Trata-se do exercício da polícia administrativa sobre o comércio local, matéria de âmbito municipal típico e ordinário, impondo deveres a particulares visando à proteção da saúde do consumidor, e cuja dúvida de sua constitucionalidade foi posteriormente superada pela edição da Lei Estadual n. 9.791, de 30 de setembro de 1997, e que não ultrapassa os limites consignados à autonomia municipal, não se vislumbrando ofensa aos princípios da razoabilidade e da liberdade de iniciativa econômica nem significa transmissão de obrigação do poder público ao particular, caracterizando, isto sim, medida compatível com o afluxo de grande contingente humano a estabelecimento comercial aberto ao público" (g.n.) (v. fls. 453/455).

E na aludida manifestação lançada em sede da ADI nº 0062282-60.2012.8.26.0000, o Parquet havia anotado, precisamente, que:

"... a legislação impugnada não legislou sobre seguridade social (art. 1º e 218 da CE e 22, XXIII e 194 da CF), e muito menos sobre a prestação de serviços médicos pré hospitalares, voltada à população como um todo.

Na verdade, a competência do Município para legislar sobre a matéria advém do art. 30, I e II, da Constituição Federal e dos arts. 217, 218, 219 e 220 da Constituição Estadual.

Observe-se que a edição da legislação nos moldes em que ocorreu se justifica em razão do grande número de pessoas que frequentam os shoppings centers e os hipermercados.

Buscou-se através da lei em questão, proteger-se a saúde e a integridade física dos consumidores, prestadores de serviços, trabalhadores de serviços, visitantes e das demais pessoas que frequentam os shoppings centers e hipermercados, que, sem dúvida alguma, são grandes centros de compras.

É oportuno ressaltar que a Lei Municipal ora analisada é anterior e não contraria as Leis Estaduais nº 9.791/97 e 11.218/2002, que regulamentam a matéria.

Desta feita, devido à omissão de legislação a esse respeito e, em sendo concorrente a competência para legislar sobre a assistência à saúde, tendo em vista o disposto no art. 23, II, da CF, o Município de Campinas possuía competência para legislar sobre essa matéria.

Por fim, a legislação guerreada não contraria o art. 170 da Constituição Federal.

A exigência decorre do Poder de Polícia do Município devido ao

Acesso ao Sumário

risco em potencial de acidentes a que estão sujeitas as milhares de pessoas que são atraídas pelos shoppings centers e hipermercados.

O Município tem obrigação e dever de zelar pela proteção à saúde e pela integridade física dos frequentadores, consumidores, trabalhadores e prestadores de serviços dos referidos estabelecimentos".

Como assinalado precedentemente, a edição da legislação municipal contestada justifica-se pelo grande número de pessoas que frequentam os *shopping centers* da Capital, buscando-se proteger a saúde e a integridade física dos consumidores, prestadores de serviços e demais pessoas que por ali transitam.

No particular, a exigência, além dessa proteção aos clientes dos estabelecimentos atingidos pela medida, deve ser entendida como manifestação do poder de polícia do ente público local, tendo em conta o elevado risco de ocorrências a que estão sujeitas os usuários de *shopping centers*.

As disposições legais em causa mostramse adequadas aos fins a que se destinam, dirigindo-se a todos os estabelecimentos de mesma natureza existentes no âmbito do Município de São Paulo, razão pela qual não há que se falar em desconsideração dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Registre-se aqui que a legislação questionada exige apenas a disponibilização pelos *shopping centers* de uma ambulância e um médico, bem como ambulatório ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência, cujas instalações deverão possuir, no mínimo, 20 metros quadrados, além de sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4 metros quadrados, o que se afigura consentâneo com o porte e número de usuários daqueles centros comerciais e não tem o condão de afetar o exercício de suas atividades, mostrando-se absolutamente dentro dos parâmetros da razoabilidade.

Em suma, não havia realmente óbice à edição dos atos normativos impugnados, que não padecem de qualquer inconstitucionalidade por vício material ou formal, mostrando-se adequados aos fins colimados, atinentes à defesa da saúde dos frequentadores dos *shopping centers* estabelecidos no Município de São Paulo, que detinha plena competência para legislar acerca de matéria de inegável interesse local.

Ante o exposto, o meu voto acompanha o do eminente relator, para o fim de julgar improcedente a ação.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 23.226)

Acesso ao Sumário

Não se há de negar a possibilidade de lei municipal exigir que locais com maior afluxo de público, como "shopping centers" e estabelecimentos semelhantes, sejam equipados com dispositivos destinados a facilitar a prestação de primeiro atendimento no caso de ocorrência imprevista de agravo à saúde, com consequente disponibilização de pessoal capacitado a operá-los.

Nessa categoria se incluem, exemplificativamente, a presença de cadeira de rodas, maca, aparelho desfibrilador, ambulância, etc.

Exigências dessa ordem compreendem-se na competência municipal ditada pelo interesse local (art. 30 inciso I da Constituição Federal) e em nada afrontam o princípio da livre iniciativa (art. 170).

No entanto, tal prerrogativa não pode ser ampliada de modo a impingir ao particular uma responsabilidade que sobeja sua natural esfera de ação e lhe carreia uma incumbência que seja típica do Poder Público.

Assim se dá quando dele se exige uma estrutura de meios e mão de obra que extrapola a prestação do primeiro socorro ou o mero encaminhamento do interessado para atendimento médico em estabelecimento regular.

Nesses casos se manifesta a inconstitucionalidade, eis que, na linha da Carta federal (artigos 196 e 199 § 1º), a Constituição paulista anuncia que a prestação dos serviços de saúde incumbe ao Poder Público (art. 219), sendo facultativa a participação nesse segmento das instituições privadas (art. 220 § 4º).

Portanto, a invocação da figura do interesse local não autoriza a lei municipal a impor ao particular uma incumbência cuja assunção o texto constitucional informa ser quanto a ele facultativa, eis que dependente de contrato ou convênio.

A determinação do que pontualmente extrapola os limites da competência local se dá à vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De fato, como registra Gilmar Mendes, são eles que permitem aferir "*a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos*" ("O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", Revista Diálogo Jurídico, agosto de 2001).

Ora, há que se reputar desarrazoada a exigência de instalação nos "shopping centers" de serviço que, com esse rótulo ou outro, por sua estrutura e pessoal faça o lugar de pronto socorro destinado aos atendimentos de emergência ou urgência.

Por isso, no caso concreto se há de considerar parcialmente inconstitucional o artigo 1º da Lei nº 10.471/91 do Município de São Paulo, com a redação conferida pela Lei 11.649/91, isto é, apenas quanto à expressão "*ou serviço de pronto socorro equipado para o atendimento de emergência*", e por arrastamento também o dispositivo de mesmo teor do Decreto Municipal nº 29.728/91.

O mais está conforme a competência legislativa local.

Meu voto, assim, julga a ação parcialmente procedente.

ARANTES THEODORO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0111047-28.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO e CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. CLAUDIA APARECIDA CIMAID.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI E WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.

São Paulo, 15 de janeiro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N.º 1.894/90 E DECRETO N.º 10.048/13, AMBOS DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO - Decreto municipal que violou consectários fundamentais, como a liberdade de locomoção e o exercício da atividade econômica, dificultando, inclusive, a exportação dos grãos produzidos no País, além de provocar um descontrole no sistema viário denominado "Anchieta-Imigrantes"

Acesso ao Sumário

- Ato municipal que feriu a competência da alçada estadual, posto que o regramento do horário de funcionamento dos estacionamentos maculou bens e serviços públicos de titularidade estadual - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ajuizada pelo GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a Lei nº 1.894/90 e o Decreto nº 10.048/2013, ambos do município de Cubatão, e que determinam o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais, civis e similares ou congêneres, situados na cidade.

Concedeu-se a liminar pleiteada, nos precisos termos da inicial, para suspender a aplicação dos aludidos Diplomas Legais até o julgamento final da lide. (Fls. 57/60)

A Prefeitura Municipal interpôs Agravo Regimental (Fls. 70/79), ao qual fora negado provimento (Fls. 173/177).

A Câmara Municipal de Cubatão prestou informações as Fls. 180/189.

O ilustre Governador do Estado, ao prestar as informações solicitadas, reportou-se aos argumentos expendidos na petição inicial. (Fls. 213)

A Prefeitura Municipal de Cubatão também prestou informações as Fls. 215/233.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestouse pela procedência da ação para dispensar ao artigo 1º da Lei 1.894/90 interpretação conforme a Constituição, para concluir pela impossibilidade de restrição a atividades da competência federal ou estadual, e por arrastamento, invalidar o decreto regulamentar dela dependente (Decreto n.º 10.048/13).

É o relatório.

A liminar concedida de forma satisfativa as Fls. 57/60, foi ratificada por este Colendo Órgão Especial as Fls. 173/177, e fica, nesta oportunidade, confirmada. O ato municipal em comento provocou um verdadeiro descontrole no denominado "Sistema Viário Anchieta-Imigrantes", de tal forma que causou um congestionamento de proporções alarmantes, sendo certo que superou os 50 (cinquenta) quilômetros, e, desta forma, feriu o meio ambiente, na medida em que proporcionou maior descarga de monóxido de carbono na já fragilizada Cidade de Cubatão, como também nos municípios circunvizinhos.

Ora, como se viu o malsinado Decreto municipal violou consectários fundamentais da Carta Maior, tais como a liberdade de locomoção, obstaculizou a atividade econômica, dificultando, inclusive, a exportação dos grãos produzidos

no País, entre outros.

De outro lado, o ato municipal também maculou a competência da alçada estadual, posto que o regramento do horário de funcionamento dos estacionamentos, sem sombra de dúvidas, feriu bens e serviços públicos cuja titularidade é do Estado.

Como é cediço, os transportes aquaviários e terrestres devem ser levados a efeito visando sua ótica a preservação do interesse nacional e a promoção do desenvolvimento econômico e social do Estado (em sentido amplo).

Deste modo, sem mais delongas, reitero os fundamentos que nortearam a r. Decisão que houve por bem conceder a medida prefacial satisfativa pleiteada na exordial:

> "*Examinados os autos, tenho para mim que a liminar pleiteada deve ser atendida, porquanto, de forma inusitada, a legislação em testilha feriu não só a Carta Maior, mas a Constituição do Estado e, sobretudo, o bem estar dos munícipes.*
>
> *Com efeito, a legislação em exame vai na contrafluxo de qualquer interesse político que o alcaide deva ter. Ora, a par de ter confundido os conceitos de estacionamento de veículos com o de pátios reguladores, causou o maior caos, um verdadeiro descontrole no chamado 'Sistema Anchieta-Imigrantes', produzindo congestionamento de mais de 50 (cinquenta) quilômetros nas rodovias, quando então os pesados caminhões movidos a óleo diesel (mais de um mil por dia), em virtude de não poderem estacionar nos locais apropriados, aguardaram o momento propício para levar a efeito a carga e a descarga no Porto de Santos, com os motores ligados, o que, à evidência, proporcionou uma maior descarga de monóxido de carbono na já tão sofrida cidade de Cubatão e cidades vizinhas.*
>
> *Na verdade, não sei e tampouco me interessa qual o partido político da Prefeita Municipal de Cubatão. No entanto, com seu agir, maculou interesses do Governo Federal que, a todo custo, procura escoar a produção agrícola, modernizando portos (haja vista a aprovação da Medida Provisória dos Portos no Congresso Nacional), feriu competência da alçada estadual, posto que o regramento do horário em testilha macula bens e serviços públicos de titularidade estadual, e o já mencionado interesse próprio dos munícipes, que, durante o lapso temporal em que os caminhões ficaram parados nas rodovias, tiveram de conviver com a extrema poluição do ar.*
>
> *De mais a mais, como é cediço, os transportes aquaviários e terrestres devem ser levados a efeito visando à preservação do interesse nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social, sobretudo evitar o*

Acesso ao Sumário

congestionamento de tráfego, pois se o olhar míope do administrador municipal impedir a exportação dos grãos produzidos no país, com todas as vênias, será o fim do Pacto Federativo.

*Ademais, tal legislação viola consectários fundamentais que garantem a liberdade de locomoção, bem como o exercício da atividade econômica, e, **MAIS DO QUE TUDO**, impede o desenvolvimento nacional, mormente do Brasil, que faz parte do 'BRIC' e luta para se tornar um país desenvolvido.*

Como se vê, tais dispositivos ferem o postulado finalístico do legislador, circunstância essa que autoriza o Poder Judiciário a realizar exame da razoabilidade de tal norma jurídica, porquanto salta fora o excesso do poder de legislar.

Destarte, é bem de ver que o Decreto editado pela Prefeita, de uma só vez, fere competência da União em matéria de instalação portuária e transporte aquaviário, como também afronta dispositivos da Constituição Bandeirante (arts. 19, 'caput' e inciso VIII, e 47, incisos II e XIX), daí por que se concede a liminar pleiteada nos precisos termos da inicial para suspender, até o julgamento final, a aplicação do art. 1º da Lei 1.894/1990, do Município de Cubatão, bem como do art. 1º do Decreto 10.048/2013, da mesma cidade."

Isto posto, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 1.894/90 e do Decreto n.º 10.048/2013, ambos do município de Cubatão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0170247-63.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE EPITÁCIO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE EPITÁCIO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.611)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS,

ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - ESTABELECIMENTO DE DISTÂNCIA MÍNIMA ENTRE DIFERENTES IGREJAS E LOCAIS DE CULTO RELIGIOSO - OFENSA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E À CARTA MAGNA DA REPÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA - É inconstitucional a Lei Municipal nº 1.999, de 26 de março de 2006, de origem parlamentar, pois, à guisa de disciplinar assunto de competência municipal, acaba maculando a liberdade de culto prevista nos artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição de 1988, bem como os artigos 111 e 144 da Carta Magna Bandeirante - Ausência de razoabilidade do ato normativo objeto de análise - AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE aforada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a Lei Municipal nº 1.999, de 26 de março de 2006, arguindo, em síntese, afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição Paulista, por estabelecer distância mínima para instalação e funcionamento de igrejas, templos e casas de culto.

Devidamente processada a ação, o Presidente da Câmara Municipal e o Prefeito Municipal de Presidente Epitácio prestaram informações (fls. 23/24 e 36/39, respectivamente).

A Procuradoria Geral do Estado alegou que não há interesse do Estado de São Paulo na defesa do ato impugnado, por tratar-se de matéria exclusivamente local (fls. 32/34).

Parecer da ínclita Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação

Acesso ao Sumário

(fls. 46/50).

É o relatório.

A ação é procedente.

A Lei Municipal nº 1.999, de 26 de março de 2006, que teve origem em Projeto de Lei de autoria de vereador da Câmara Municipal de Presidente Epitácio, gera, sob o escopo de disciplinar a instalação e funcionamento de entidades religiosas, verdadeira afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como aos artigos 5º, VI e 19, I, da Carta Magna de 1988.

Com efeito, a despeito da alegada intenção do ato normativo de "evitar atritos entre as diversas seitas religiosas existentes no Município" (fls. 39), observa-se primeiramente que a lei em questão extrapola em muito o alegado "interesse exclusivamente local", eis que macula dispositivo da *Lex Mater* que veda expressamente a todos os entes federados a criação de quaisquer embaraços ao funcionamento de cultos religiosos (artigo 19, I), decorrente da garantia constitucional de inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, "sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (artigo 5º, inciso VI).

A respeito, consoante o magistério de Marcelo Novelino, *verbis*:

> "A liberdade de consciência consiste na adesão a certos valores morais e espirituais, independentes de qualquer aspecto religioso. Abrange a liberdade de crença, podendo se determinar no sentido de crer em algo ou não ter crença alguma, como ocorre com agnósticos e ateus. Ambas estão asseguradas na Constituição (art. 5°, VI) juntamente com a liberdade de culto, uma das formas de expressão da liberdade de crença, o qual pode ser exercido em qualquer lugar e não apenas nos templos, embora estes gozem de imunidade fiscal (art. 150, VI, *b*).
>
> (...)
>
> Desde o advento da República, instauradora da separação entre a igreja e o Estado, o Brasil tornou-se um Estado laico ou não confessional, devendo manter-se absolutamente neutro. Não pode estabelecer tratamento discriminatório entre as diversas igrejas, seja para beneficiá-las ou prejudica-las, nem criar embaraços ao seu funcionamento (art. 19, I)." (*in Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 299/300). /

Por sua vez, em havendo na norma objurgada ofensa à garantia constitucional de liberdade religiosa e seus consectários, acaba também por transgredir consequentemente o artigo 144 da Constituição Bandeirante, visto que não atende a princípio basilar do Estado brasileiro.

Nos termos do citado artigo 144 da Lei Magna Paulista:

"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa,

Acesso ao Sumário

administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

Cumpre observar também, por derradeiro, que não se verifica da norma em análise qualquer elemento que demonstre um mínimo de razoabilidade nas restrições nela impostas, haja vista que inexiste razão objetiva para que, num Estado laico, diferentes centros de prática religiosa guardem obrigatoriamente entre si distâncias mínimas definidas em lei municipal, inexistindo também critérios técnicos que apontem que eventuais conflitos entre diferentes locais de culto, acaso efetivamente existam, sejam minimamente solucionados por mera limitação legal de distância.

Destarte, revelando-se nítidas as ofensas do texto legislativo em questão à Constituição Bandeirante e à Carta Magna da República, de rigor a declaração de inconstitucionalidade, em conformidade com o pleito exordial.

Isto posto, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.999, de 26 de março de 2006, do município de Presidente Epitácio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0062516-08.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.997)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Andradina, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a proibição da venda, oferta, fornecimento, entrega e consumo de bebidas alcoólicas, ainda que de forma gratuita, aos menores de 18 anos de idade. Extrapolação dos limites da autonomia municipal face à não exclusividade de interesse local. Matéria já regulamentada pela legislação estadual e federal. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.837/12 do Município de Andradina.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal de Andradina, de nº 2.837/12, que dispõe sobre a proibição da venda, oferta, fornecimento, entrega e consumo de bebidas alcoólicas, ainda que de forma gratuita, aos menores de 18 anos de idade, naquele município.

A ação foi ajuizada pelo Prefeito do Município de Andradina, por ofensa ao art. 40, incisos I e IV da Lei Orgânica do Município de Andradina, ao artigo 24, § 2º, itens 1 e 4 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea "a" e "c" da Constituição Federal.

Esta Adin foi inicialmente distribuída ao eminente Des. Alves Bevilacqua, que, pela decisão de fls. 38 concedeu a liminar para suspender os efeitos da lei impugnada.

A Câmara Municipal prestou as informações, aduzindo que referido projeto de lei, que deu origem à mesma, foi protocolado naquela Casa no dia 31 de outubro de 2011, tenda sido encaminhado ao seu Departamento Jurídico em 01.11.2011, que deu parecer pela inconstitucionalidade do mesmo e o encaminhou à Comissão de Constituição e Justiça, cujo parecer não acompanhou o do Departamento Jurídico, opinando favoravelmente à sua tramitação. O projeto foi posto em votação e foi aprovado por unanimidade em 19.03.2012, recebendo veto do Prefeito. Referido veto foi reprovado após nova votação, não havendo promulgação da lei no prazo de 48 horas, sendo promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal (fls. 45/48).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pela procedência da ação direta (fls. 85/100), para se declarar a inconstitucionalidade da lei em tela, em razão de não afigurar a lei como matéria de predominante interesse local a animar o exercício da competência normativa municipal, à luz do

Acesso ao Sumário

artigo 30, I, da Constituição Federal. Ao contrário, a proteção imposta pela lei impugnada já se encontra suficientemente regulamentada por legislação federal, qual seja, o Estatuto da Criança e Adolescente, não comportando suplementação ou complementação pela legislação local.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão do término da investidura do Des. Alves Bevilacqua (fls. 101/104).

A Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na lide, verificando que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local (fls. 121/122).

É o Relatório.

O exame da lei, trazida à análise de constitucionalidade, permite concluir que trata de iniciativa parlamentar que dispõe sobre a proibição da venda, oferta, fornecimento, entrega e consumo de bebidas alcóolicas, ainda que de forma gratuita, aos menores de 18 anos de idade, no município de Andradina.

A lei impugnada não trata de matéria exclusivamente local, mas, ao contrário, trata questão já regulamentada pela legislação estadual e federal, não comportando suplementação ou complementação.

Como bem asseverou a douta Procuradoria Geral de Justiça: "Nessa perspectiva, a proibição de venda, fornecimento ou entrega de determinado produto a menores não se afigura como matéria de predominante interesse local a animar o exercício da competência normativa municipal à luz do art. 30, I, da Constituição Federal.

Se é adequado afirmar que o Município, com base no art. 30, I, II e VIII, da Constituição Federal, tem competência normativa para disciplina de atividades comerciais no seu território, não é correto estendê-la para além de seus limites como se dá, por exemplo, com a prescrição abstrata e genérica de comando proibitivo do comércio ou fornecimento gratuito a certa categoria de sujeitos porque se trata de questão de cunho nacional.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que:

'(...) 2. É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional. (...)' (RT 892/119).

'(...) 2. Enquanto a União regula o direito de propriedade e estabelece as regras substantivas de intervenção no domínio econômico, os outros níveis de governo apenas exercem o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, tendo em vista, sempre, as normas substantivas editadas para União. (...)' (STF, ADI 1.918-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 23-08-2001, v.u., DJ 01-08-2003, p. 99).

O artigo 22 da Constituição Federal prevê a competência privativa da União para legislar sobre:

'I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo,

Acesso ao Sumário

aeronáutico, espacial e do trabalho.'

Assentado nessas premissas, a inconstitucionalidade se manifesta pelo contraste da lei local com o art. 30, I, da Constituição Federal.

Não se perca de mira que a Lei em questão visa à proteção do menor, no que tange ao consumo de bebidas alcoólicas, o que já se encontra suficientemente regulamentado por legislação federal, mormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim prevê:

'Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Desta forma, a proibição de venda ou fornecimento de bebida alcoólica a menor, imposta pela legislação federal, não comporta suplementação ou complementação pela legislação local" (fls. 98/99).

Em julgamento recente realizado por este Órgão Especial em 31.07.2013, na ADIN nº 0266440-77.2012.8.26.0000, relatada pelo eminente Des. Cauduro Padin, deixou-se assentado, no essencial, por total aplicação ao caso vertente, o seguinte:

Estabelece o art. 144 da Constituição Estadual: *"Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."*

Trata-se de norma estadual remissiva passível de utilização para fins de controle abstrato de constitucionalidade, como já decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

"[...] Vale mencionar, neste ponto, que esta Suprema Corte também tem admitido, como parâmetro de confronto, para os fins a que alude o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a referência constante de dispositivos, que, inscritos no texto da Constituição Estadual, limitam-se a fazer mera remissão normativa a regras positivadas na Constituição Federal, como se vê, p. ex., de decisão que está assim ementada: '(...) A questão da parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, no âmbito do Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos estaduais e/ou municipais contestados em face da Constituição Estadual. **Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. Com a técnica**

Acesso ao Sumário

de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o 'corpus' constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. (...).' (ADPF 100-MC/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 532/2008). Cabe destacar, ainda, por extremamente relevante, fragmento da decisão proferida pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, que, ao julgar a Rcl 4.432/TO, reafirmou a legitimidade da utilização, no plano local, da técnica das normas remissivas, salientando, então, a esse propósito, em sentido idêntico ao deste ato decisório, que '(...) as normas pertencentes à Constituição Estadual, que remetem à disciplina de determinada matéria na Constituição Federal, podem servir de parâmetro de controle abstrato de Constitucionalidade no âmbito estadual' (Rcl 4.432/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei). [...]" (Informativo nº. 606, Rcl. 10.500).

Nesta linha, dispõe o art. 24 da Constituição Federal:

"Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V - produção e consumo;".

Vê-se que a competência legislativa para tratar de assuntos relacionados à produção e consumo é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

A competência do Município limita-se a assunto de interesse local e suplementar, no que couber, nos termos do art. 30, I e II do mesmo diploma legal.

O assunto tratado na lei impugnada não se mostra de interesse local, tampouco se vislumbra omissão legislativa da União e do Estado de São Paulo que editaram diversas leis a respeito. Confira-se:

- Lei Federal nº 8.918/1994 que "*Dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, autoriza a criação da Comissão Intersetorial de Bebidas e dá outras providências*".

- Lei Federal nº 11.705/2008 que "*Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.*". Esta lei proibiu a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais, excluída desta restrição, a área urbana.

- Decreto nº. 6.117/2007 que "*Aprova a Política Nacional sobre o*

Acesso ao Sumário

Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências.".

- Lei Estadual nº 9.468/1996 que "*Proíbe a venda de bebidas alcoólicas nos estabelecimentos que especifica*". O art. 1º reza: "*Fica proibida a venda de bebidas alcoólicas pelos estabelecimentos comerciais, tais como bares, lanchonetes, restaurantes, clubes, hotéis, motéis e estabelecimentos afins situados em terrenos contíguos às faixas de domínio do Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e com acesso direto às rodovias estaduais.*".

- Lei Estadual nº 14.592/11 que "*Proíbe vender, ofertar, fornecer, entregar e permitir o consumo de bebida alcoólica, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade, e dá providências correlatas.*".

Como destacado na Adin nº 0005717-76.2012.8.26.0000, rel. Des. Corrêa Vianna, julgada em 27/06/2012: "Percebe-se que, mesmo tendo União e Estado atribuições para disciplinar e restringir a venda de bebidas alcoólicas em postos de combustíveis, tal competência não foi exercida. Em contrapartida, o Município, no exercício de competência suplementar, não pode estabelecer restrição que não foi prevista pelo legislador estadual ou federal mormente quando este, já tendo disciplinado a matéria relativa ao comércio de bebidas alcoólicas, optou por não o restringir em postos de combustíveis, ao contrário do que pretendeu fazer o Executivo municipal de Mauá.

Caberia à Edilidade apenas completar ou adaptar referidas normas ao interesse local, mas o legislador extrapolou e estabeleceu restrições diversas da regulamentação federal e estadual, o que caracteriza o alegado vício de inconstitucionalidade, por ocorrência de flagrante violação aos princípios do pacto federativo e repartição de competências.".

Evidente, deste modo, a inconstitucionalidade da lei questionada, pois o Município não tem competência para legislar sobre produção e consumo. E também porque a matéria já é disciplinada pela União e pelo Estado de São Paulo, não se tratando de interesse local ou suplementação necessária.

Neste sentido, tem decidido este Colendo Órgão Especial em ações semelhantes:

Acesso ao Sumário

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei nº 5.058/11 do Município de São Caetano do Sul, que dispôs sobre a proibição da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em postos de abastecimento de combustíveis, nas suas lojas de conveniência e em trailers instalados em seu perímetro - **Legitimidade ativa do SINDICOM** - Possibilidade de análise da ação direta com base em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante, conforme precedentes do C. Órgão Especial - **Competência legislativa da União, Estados e Distrito Federal para legislarem, concorrentemente, sobre produção e consumo (art. 24, V, CF)** - Competência municipal suplementar inexistente - Restrição ao comércio não prevista na legislação federal ou estadual - Ação procedente.*" *(Adin 0055393- 90.2012.8.26.0000, rel. Des. Alves Bevilacqua, julgada em 03/10/2012). ''Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei n. 4.640, do Município*

de Mauá, que dispôs sobre a proibição da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em postos de abastecimento de combustíveis e serviços e nas suas lojas de conveniência - ***Legitimidade ativa do SINDICOM*** *- Possibilidade de análise da ação direta com base em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante, conforme precedentes do C. Órgão Especial, vencido o Relator -* ***Competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal de legislarem concorrentemente sobre produção e consumo (art. 24, V, CF)*** *- Competência municipal suplementar inexistente - Restrição ao comércio não prevista na legislação federal ou estadual - Ação procedente.'' (Adin 0005717-76.2012.8.26.0000, rel. Des. Corrêa Vianna, julgada em 27/06/2012)*.

Por fim, em que pesem os argumentos da douta Procuradoria Geral de Justiça, ressalte-se ainda que a lei impugnada tratou de matéria cuja competência exclusiva é do Chefe do Poder Executivo, com violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa. Caracterizado, portanto, o vício de iniciativa (art. 5º, *caput*, CE).

Ademais, o referido projeto, implica em fiscalização e não há indicação da fonte de custeio em afronta ao disposto no art. 25 da Constituição Estadual, vez que "*nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos*".

Tais questões, no entanto, cedem diante da usurpação de competência legislativa da União e do Estado de São Paulo, como já salientado."

Ante o exposto, pelo meu voto, com fundamento no que dispõe os artigos 5º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, JULGO PROCEDENTE o pedido para declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei nº 2.837/12 do Município de Andradina.

Façam-se as comunicações necessárias.

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0148704-04.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DOS VOTOS JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. GRAVA BRAZIL.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 30.066)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, LUIS SOARES DE MELLO, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI, julgando a ação procedente, e RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO VILENILSON, ROBERTO MAC CRACKEN, GRAVA BRAZIL (com declaração), PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ARANTES THEODORO, julgando a ação procedente em parte.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Municipal, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a criação de posse responsável de animais domésticos. Vício de iniciativa. Ingerência na gestão local. Imposição de ônus. Procedimentos para doação, apreensão, guarda e identificação de animais alcançam a esfera da gestão administrativa, assim como os que fixam diretrizes para gerenciamento e educação, além da divulgação da necessidade de registro de animais. Desrespeito à separação dos poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado.

Procedente a ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Relatório já nos autos (fls. 82/97).

2. Integralmente procedente a ação.

Ressalte-se, desde o início, minha **total** concordância quanto ao voto do ilustre Relator Desembargador **GRAVA BRAZIL na parte** em que reconhece a inconstitucionalidade de determinados preceitos da questionada lei local.

Entendo, no entanto, ser **integralmente** inconstitucional o diploma legal em exame.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, do Prefeito de Mauá, da **Lei Municipal nº 4.782**, de 29 de maio de 2012, ao dispor sobre *"... a criação*

da posse responsável de animais domésticos, onde os proprietários dos mesmos responderão pelos seus animais... " e determinar outras providências.

Com razão o autor.

A Lei Municipal em apreço, em que pesem as doutas opiniões em contrário, é dominada pelo **vício de iniciativa**, fere a **independência** e **separação dos poderes** ("***Artigo 5º*** *- São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.") e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva, afora onerar o erário sem indicar recursos.

A rejeição (fls. 40) do veto do Prefeito do Município de Mauá (fls. 38/39), bem como sua promulgação, afetam diretamente seara do Poder Executivo.

Assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial** em casos semelhantes:

"***Compete ao Prefeito dispor sobre matéria de cunho eminentemente administrativo****, em face de sua competência privativa para exercer a direção superior da administração municipal e praticar atos de administração (art. 47, II e XIV, da Constituição Estadual), nos quais se insere o serviço municipal de saúde*."

"*Nesse contexto, a função legislativa da Câmara dos Vereadores deve ser de caráter genérico e abstrato, sendo-lhe vedada a prática de atos concretos de competência do Prefeito*."

"*Estabelecidas essas condições, a aprovação da Lei nº 4.511/11 pela Câmara Municipal de Suzano, de iniciativa parlamentar, que criou o 'Posto de Atendimento Veterinário do Município de Suzano', revela-se manifestamente afrontosa ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, previsto no art. 5º da Constituição Estadual, de observância obrigatória pelos Municípios consoante prevê o art. 144, do mesmo diploma legal*."

"*De sua simples leitura é fácil perceber que a lei não só criou o posto de atendimento, estabelecendo quais os donos de animais que poderão dele fazer uso,* ***como também impôs ao Poder Executivo Municipal, através da Secretaria de Saúde, deveres de conduta****, como o de 'realizar ações educativas sobre saúde animal e posse responsável'*." (grifei - ADIn nº 0006258-12.2012.8.26.0000 - v.u. j. de 23.05.12 - Rel. Des. **ELLIOT AKEL**).

E ainda,

"*Incide em vício de iniciativa a norma Municipal guerreada, haja vista que* ***invade esfera da gestão administrativa***."

"*Isto porque, foi o Projeto de Lei proposto pelo Poder Legislativo. Após regular aprovação do texto, embora sem a sanção do Sr. Prefeito, a Câmara Municipal promulgou a referida norma*."

"*Evidentemente, a Câmara Municipal, ao propor e aprovar a norma* ***editou ato que gera obrigações e deveres para os órgãos***

Acesso ao Sumário

executivos do Município, *sendo estas, inclusive, de forma abstrata*."

"*Dessa forma, não há como não reconhecer que a norma guerreada violou os artigos 5º, 37, e 47, II e XIV, todos da Constituição Estadual*." (grifei - ADIn nº 990.10.163283-7 - v.u. j. de 25.04.12 - Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**).

A norma questionada, na parte considerada hirta pelo nobre Relator, ao impor multas pelo descumprimento de determinações atribuídas aos proprietários de animais domésticos ou canis e gatis (***v.g.*** arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20) criou, direta e inquestionavelmente, para o Município, a obrigação de fiscalizar e impor o cumprimento delas - caracterizando inequívoca interferência na administração pública (amplia obrigações ao órgão municipal responsável pelo exercício do poder de polícia quanto a animais), gerando, consequentemente, despesas (ônus ao erário, sem a necessária indicação da fonte de custeio), na medida em que o cumprimento da lei, como posto, demanda recursos materiais e humanos. Há inadmissíveis atribuições aos órgãos municipais (afora aqueles já apontados pelo i. Relator, ***v.g.*** arts. 18 e 36).

Inequívoca a necessidade de proteção aos animais domésticos. Razoável disciplinar condutas pertinentes. Todavia, **não** há como manter norma municipal de iniciativa parlamentar criando atribuições ao Poder Executivo e gerando despesas sem indicação de recursos.

Ressalta, quanto ao ponto, inadmissível **imposição de obrigação à Administração**, quando a iniciativa para **organizar a Administração local** é privativa do Chefe do Executivo (art. 61, 1º, II, 'e' da CF e **art. 144 da Constituição Paulista** - "*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição*.").

Quanto à questão, assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial**:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 4.814/2009, do município de Mogi Mirim, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente na comercialização, na troca e no descarte de óleo lubrificante e dá outras providências.* ***Vício de iniciativa****. Matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, já que* ***cria obrigação*** *para a Administração Pública. Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.* ***Diploma que implica aumento de despesa sem indicação da fonte de custeio****. Ofensa ao Princípio da Primazia. Impossibilidade de dividir a lei em partes válidas e partes inválidas. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente*." (grifei - ADIn nº 0.325.669-36.2010.8.26.0000 - p.m. de v. de 04.05.11 - Rel. Des. **CAMPOS MELLO**).

Daí retirar do mundo jurídico estipulação inconstitucional.

Em face da inequívoca **interdependência** entre suas partes (não parece razoável subsistam os comandos impostos aos proprietários de animais, gatis e

canis sem que haja adequada estrutura para fiscalização e eventual imposição de sanções para seu descumprimento) razoável atinja o vício a **totalidade** da norma local em questão.

Segundo pontua, **LUIZ GUILHERME MARINONI**:

> "*... que a regra é a da **divisibilidade da lei**, uma vez que a nulidade apenas fulmina a parte da lei que é inconstitucional ou as partes da lei que são manchadas pela inconstitucionalidade, seja por serem destituídas de autonomia, seja pelo fato de, ao serem vistas isoladamente, despirem o sentido ou a função originalmente outorgado à lei.*" (grifei - **INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO** – "Curso de Direito Constitucional" - Ed. Revista dos Tribunais - 2012 - p. 1.049).

Aplica-se lição do **Pretório Excelso** mencionada por **GILMAR MENDES** segundo a qual:

> "*Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo **puder subsistir** sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma **declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral**.*" (grifei - **GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** - "Curso de Direito Constitucional" - Ed. Saraiva - 2013 - p. 1.263).

Não parece razoável subsistir norma sem sanção.

Tal é o caso dos autos.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade invalida-se **integralmente** a **Lei Municipal nº 4.782**, de 29 de maio de 2012, por afronta aos arts. 5º, 25 e 144 da Constituição Estadual.

3. Julgo procedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 0271)

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei 4.782, de 29 de maio de 2012, do Município de Mauá - Vício de iniciativa e violação da separação de poderes, no tocante à imposição de obrigatoriedade administrativa de registro de cães e gatos - Procedimentos para doação, apreensão, guarda e

identificação dos animais, que também alcança a esfera da gestão administrativa, assim como os que fixam diretrizes para gerenciamento e educação, além da divulgação da necessidade de registro de animais - Ação procedente em parte.

I - Relatório

Trata-se de ação, movida pelo Prefeito do Município de Mauá, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 4.782, de 29 de maio de 2012, que "Dispõe sobre a criação da posse responsável de animais domésticos, onde os proprietários dos mesmos responderão pelos seus animais, e dá outras providências", com a seguinte redação:

"Art. 1º É livre a criação, propriedade, posse, guarda uso e transporte de cães e gatos de qualquer raça ou sem raça definida no Município de Mauá, desde que obedecida a legislação municipal, estadual e federal vigente.

Art. 2º Todos os cães e gatos residentes no Município de Mauá deverão, obrigatoriamente, ser registrados no órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ou em estabelecimentos veterinários devidamente credenciados por esse mesmo órgão.

§ 1º Os proprietários de animais residentes no Município de Mauá deverão, obrigatoriamente, providenciar o registro dos mesmos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias) a partir da data de publicação da presente Lei.

§ 2º Após o nascimento, os cães e gatos deverão ser registrados entre o terceiro e o sexto mês de idade, recebendo, no ato do registro, a aplicação da vacina contra raiva.

§ 3º Após o prazo estipulado no parágrafo 1º, proprietários de animais não registrados estarão sujeitos a:

I - Intimação, emitida por agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, para que proceda ao registro de todos os animais no prazo de 30 (trinta) dias;

II - Vencido o prazo, multa de 10 FMP por animal não registrado.

Art. 3º Para o registro de cães e gatos, serão necessários os seguintes documentos e sistemas de identificação, fornecidos exclusivamente pelo órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses:

a) Formulário timbrado para registro (em três vias), onde se fará constar, no mínimo, os seguintes campos: número de RGA, data do registro, nome do animal, sexo, raça, cor, idade real ou presumida, nome do proprietário, número da Carteira de Identidade (RG) e do Cadastro de Pessoa Física (CPF), endereço completo e telefone, data da aplicação da última vacinação obrigatória, nome do veterinário responsável pela vacinação e respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária (CRMV), e assinatura do proprietário;

b) RGA (Registro Geral do Animal): carteira timbrada e numerada, onde

Acesso ao Sumário

se fará constar, no mínimo, os seguintes campos: nome do animal, sexo, raça, cor, idade real ou presumida; nome do proprietário, RG e CPF, endereço completo e telefone; e data de expedição;

c) Plaqueta de informação com número correspondente ao do RGA, que deverá ser fixada, obrigatoriamente, junto à coleira do animal.

Art. 4º A Carteira do RGA deverá ficar de posse do proprietário do animal, e cada animal residente no Município de Mauá deve possuir um único RGA.

Art. 5º Uma das vias do formulário timbrado destinado ao registro do animal deverá ficar arquivada no local onde o registro foi realizado; uma será enviada ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, quando o procedimento for realizado por estabelecimento conveniado; e a terceira via, com o proprietário.

Art. 6º Para proceder ao registro, o proprietário deverá levar seu animal ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ou a um estabelecimento veterinário credenciado, apresentando a carteira ou o comprovante de vacinação devidamente atualizado.

Parágrafo único. Se o proprietário não possui comprovante de vacinação contra raiva do animal, a vacina deve ser providenciada no ato do registro.

Art. 7º Quando houver transferência de propriedade de um animal, o novo proprietário deverá comparecer ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ou a um estabelecimento veterinário credenciado para proceder a atualização de todos dos dados cadastrais.

Parágrafo único. Enquanto não for realizada a atualização do cadastro a que se refere o "caput" deste artigo, o proprietário anterior permanecerá como responsável do animal.

Art. 8º No caso de perda ou extravio da plaqueta de identificação ou da carteira de RGA, o proprietário deverá solicitar diretamente ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses a respectiva segunda via.

Parágrafo único. O pedido de segunda via será feito em formulário padrão desse órgão e uma deverá ficar de posse do proprietário do animal, servindo como documento de identificação pelo prazo de 60 dias até a emissão da segunda via da plaqueta e/ou carteira.

Art. 9º Os estabelecimentos conveniados deverão enviar ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, mensalmente, as vias do formulário de registro efetuados nos últimos 30 (trinta), bem como fornecer como as cópias de documentos fornecidos para animais em trânsito, sob pena de descredenciamento.

Art. 10. Em caso de óbito de animal registrado, cabe ao proprietário ou ao veterinário responsável comunicar ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses.

Art. 11. A Prefeitura Municipal de Mauá estabelecerá os respectivos preços públicos para:

a) Registro de cão ou gato, a ser pago pelos estabelecimentos veterinários

Acesso ao Sumário

credenciados no momento da retirada das carteiras de RGA, formulários timbrados e plaquetas, ou pelos proprietários quando estes precederem ao registro no próprio órgão;

b) Fornecimento de segunda via da carteira de RGA ou da plaqueta.

Parágrafo único. Os estabelecimentos veterinários credenciados deverão afixar em local visível ao público a tabela de preços de que trata o "caput" deste artigo.

Art. 12. Todo proprietário de animal é obrigado a vacinar seu cão ou gato contra raiva, observando para revacinação o período recomendado pelo laboratório responsável pela vacina utilizada.

Parágrafo único. A vacinação de que trata o "caput" deste artigo poderá ser feita gratuitamente nas campanhas anuais promovidas pelo controle de zoonoses ou nesse órgão durante todo ano.

Art. 13. O comprovante de vacinação fornecido pelo órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses como também a carteira emitida por médico veterinário particular poderão ser utilizados para comprovação da vacinação anual.

§ 1º Da carteira da vacinação fornecida pelo médico veterinário deverão constar as seguintes informações. Obedecendo a Resolução 656, de 13 de setembro de 1999, do Conselho Federal de Medicina Veterinária:

a) Identificação do proprietário: nome, RG e endereço completo;

b) Identificação do animal: nome, espécie, raça, pelagem, sexo, data de nascimento ou idade;

c) Dados das vacinas: nome, número da partida, fabricante, data da fabricação e validade;

d) Dados da vacinação: datas de aplicação e revacinação;

e) Identificação do estabelecimento: razão social ou nome fantasia, endereço completo, número de registro no CRMV;

f) Identificação do Médico Veterinário: carimbo, constando nome completo, número de inscrição no CRMV e assinatura;

g) Número do RGA do animal, quando este já existir.

§ 2º O comprovante de vacinação fornecido pelo órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses deve conter o número do RGA do animal, quando já existir, bem como a identificação do Médico Veterinário responsável e seu respectivo número de inscrição no CRMV.

§ 3º Excepcionalmente e somente durante campanhas oficiais, o comprovante de vacinação poderá ser fornecido sem identificação do Médico Veterinário responsável pela equipe, mas contendo o número do RGA do animal, quando já existir.

§ 4º No momento da vacinação, os proprietários cujos animais ainda não tenham sido registrados deverão ser orientados a procederem o registro.

Art. 14. Todo animal, ao ser conduzido em vias e logradouros públicos,

deve obrigatoriamente usar coleira e guia adequada ao seu tamanho e porte, ser conduzido por pessoas com idade e força suficiente para controlar os movimentos do animal, e também portar plaqueta de identificação devidamente posicionada na coleira.

Parágrafo único. Em caso do não cumprimento do disposto no "caput" deste artigo caberá multa de 50 FMP por animal, ao proprietário.

Art. 15. O condutor de um animal fica obrigado a recolher os dejetos fecais eliminados pelo mesmo em vias e logradouros públicos.

Parágrafo único. Em caso do não cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, caberá multa de cinco FMP ao proprietário do animal.

Art. 16. É de responsabilidade dos proprietários a manutenção de cães e gatos em condições adequadas de alojamento, alimentação, saúde, higiene e bem-estar, bem como a destinação adequada dos objetos.

§ 1º Os animais devem ser alojados em locais onde fiquem impedidos de fugirem e agredirem terceiros ou outros animais.

§ 2º Os proprietários de animais deverão mantê-los afastados de portões, campainhas, medidores de luz e água e caixas de correspondências, a fim de que funcionários das respectivas empresas prestadoras destes serviços possam ter acesso sem sofrer ameaça ou agressão real por parte dos animais, protegendo ainda os transeuntes.

§ 3º Em qualquer imóvel onde permanecer animal bravio, deverá ser afixada placa comunicando o fato, com tamanho compatível à leitura a distância, e em local visível ao público.

§ 4º Constatado por agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses o descumprimento do disposto no "caput" deste artigo ou em seus parágrafos 1º, 2º e 3º caberá ao proprietário do animal ou animais:

I - Intimação para a regularização em 30 (trinta) dias;

II - Persistindo a irregularidade, multa de 50 FMP;

III - A multa será acrescida de 50 (cinquenta) por cento a cada reincidência.

Art. 17. Não serão permitidos, em residência particular a criação, o alojamento e a manutenção de mais de 10 (dez) cães ou gatos, no total, com idade superior a 90 (noventa) dias.

§ 1º De acordo com a avaliação do agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, que verificara a quantidade e porte dos animais, tratamento, espaço e condições higiênico-sanitárias onde os mesmos ficam alojados, este número poderá ser reduzido, a partir de laudo técnico e intimação do agente.

§ 2º Quando o agente sanitário constatar, em residência particular, a existência de animais em número superior ao estabelecido pelo "caput" deste artigo deverá:

I - Intimar o responsável pelos animais para, no prazo de 30 (trinta) dias adequar a criação à legislação;

Acesso ao Sumário

II - Findo este prazo e caso as providências não tenham sido tomadas, aplicar multa de 50 FMP e estabelecer novo prazo de 30 (trinta) dias;

III - Findo novo prazo, a multa pode ser aplicada em dobro a cada reincidência.

§ 3º Excepcionalmente, será permitida, em residência particular o alojamento e a manutenção de cães ou gatos em número superior a 10 (dez), não ultrapassando o limite de 15 (quinze), no total, desde que o proprietário solicite, ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses uma licença especial e excepcional.

§ 4º Para solicitar a licença de que trata o artigo anterior, os proprietários de animais deverão fornecer ao órgão municipal pelo controle de zoonoses os números de RGA de todos os animais, comprovantes de vacinação contra a raiva, comprovantes de esterilização dos machos ou das fêmeas (preferencialmente de todos), e descrição das condições de alojamento e manutenção dos mesmos, ficando a critério do agente sanitário responsável pelo processo a concessão ou não da licença.

§ 5º Animais relacionados em licença fornecida pelo órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ultrapassem o limite de 10 (dez) nunca poderão ser substituídos em caso de óbito, perda, doação ou qualquer outro evento.

§ 6º Os proprietários de animais cuja situação enquadre-se no parágrafo 3º, terão prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação desta Lei, para solicitar a respectiva licença. Findo este prazo, todos os proprietários de animais deverão de enquadrar no limite determinado pelo “caput” deste artigo.

Art. 18. Todo proprietário que cria cães e gatos com finalidade comercial (para venda ou aluguel) caracteriza a existência de um criadouro, independente do total de animais existentes, ficando obrigado a registrar seu canil ou gatil no órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses e solicitar a respectiva licença, além de submeter seu comércio a todas as outras exigências impostas por normas legais municipais, estaduais e federais.

§ 1º O órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses estabelecerá todas as exigências a serem cumpridas pelo proprietário de um canil ou gatil comercial, visando a obtenção da licença de que trata o “caput” deste artigo. Esta licença deverá ser renovada anualmente.

Acesso ao Sumário

§ 2º Constatado, per agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, o descumprimento do disposto no “caput” deste artigo em seus parágrafos, caberá ao proprietário do animal ou animais:

I - Intimação para que providencie a licença ou respectiva renovação no prazo de 30 (trinta) dias;

II - Findo o prazo:

a) Multa de 50 FMP, caso não ainda exista licença;

b) Multa de 25 FMP caso a licença continue vencida.

III - A cada reincidência, acréscimo de 50 (cinquenta) por cento à multa

anterior.

Art. 19. Todo canil ou gatil comercial localizado no Município de Mauá deverá possuir veterinário responsável pelos animais, sob a pena de multa de 100 FMP, dobrada na reincidência.

Art. 20. É proibida a permanência de animais soltos, bem como toda e qualquer prática de adestramento em vias e logradouros públicos ou locais de livre acesso ao público.

§ 1º O adestramento de cães deve ser realizado com a devida contenção em locais particulares e somente por adestradores devidamente cadastrados por um dos clubes cinófilos oficiais do Município de Mauá.

§ 2º Em caso de descumprimento ao disposto no "caput" deste artigo e parágrafo 1º, os infratores sujeitam-se a:

I - Multa de 50 FMP para o proprietário do animal que estiver sendo adestrado em vias ou logradouros públicos, dobrada na reincidência;

II - Multa de 50 FMP para o adestrador não cadastrado, dobrada na reincidência.

§ 3º Se a prática fizer parte de alguma exibição cultural e/ou educativa, o evento deverá contar com prévia autorização do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, excluindo obrigatoriedade, a Guarda Civil metropolitana e a Polícia Militar do Estado de São Paulo.

§ 4º Ao solicitar a autorização de que trata o parágrafo anterior, o responsável pelo evento, pessoa física ou jurídica deverá comprovar as condições de segurança para os frequentados do local, condições de segurança e bem-estar para os animais, e apresentar documento com prévia anuência do órgão ou pessoa jurídica responsável pela área escolhida para a apresentação.

§ 5º Em caso de infração ao disposto nos parágrafos 3º e 4º, caberá:

I - Multa de 250 FMP para pessoa física ou jurídica responsável pelo evento, caso não exista autorização para realização do mesmo;

II - Multa de 250 FMP para pessoa física ou jurídica responsável pelo evento, caso exista autorização, mas qualquer determinação do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses esteja sendo descumprida.

Art. 21. Em estabelecimentos comerciais de qualquer natureza, a proibição ou liberação da entrada de animais fica critério dos proprietários ou gerentes dos locais obedecidas as leis e normas de higiene e saúde.

§ 1º Os cães guias para deficientes visuais devem ter livre acesso a qualquer estabelecimento, bem como os meios de transportes público coletivo.

§ 2º O deficiente visual deve portar sempre documento, original ou a sua cópia autêntica, fornecido por entidade especializada no adestramento de cães condutores habilitando o animal e seu usuário.

Art. 22. É proibido soltar ou abandonar animais em vias ou logradouros públicos e privados, sob a pena de multa de 50 FMP.

Parágrafo único. Os proprietários só poderão encaminhar seus animais ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses para destinação em

Acesso ao Sumário

casos de enfermidades ou agressões comprovadas.

Art. 23. Os eventos onde sejam comercializados cães e gatos deverão receber autorização do órgão municipal de controle de zoonoses antes de iniciarem suas atividades, sob pena de multa de 125 FMP aplicada em dobro na reincidência.

Art. 24. Fica o órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses autorizado a proceder à doação de animais apreendidos e não resgatados para a doação por entidades protetoras de animais cadastrados no Conselho de Proteção e Defesa dos Animais, através de normatização própria.

§ 1º Se um cão apreendido estiver devidamente registrado e identificado com sua plaqueta, conforme o previsto na presente Lei, o proprietário será chamado ou notificado para retirá-lo no prazo de cinco dias, incluindo-se o dia da apreensão.

§ 2º Cães não identificados deverão ser mantidos no órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses pelo prazo de três dias, incluindo-se o dia da apreensão, salvo os animais que recebem atenção dos moradores da rua onde residem, onde os mesmos deverão ser responsáveis pelos animais.

§ 3º Todos os animais apreendidos deverão ser mantidos em recintos higienizados, com proteção contra intempéries naturais, alimentação adequada e separados por sexo e espécie.

§ 4º A distensão dos animais não resgatados deverá obedecer às seguintes prioridades:

I - A doação por particulares ou doação para entidades protetoras de animais devidamente cadastradas no Conselho de Proteção de Defesa dos Animais;

II - Doação para entidades de ensino e pesquisa, desde que seja obedecida rigorosamente a legislação municipal, estadual e federal vigente.

§ 5º No caso de animais portadores de doenças e/ou ferimentos considerados graves, e/ou clinicamente comprometidos, caberá ao médico veterinário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, após avaliação e emissão de parecer técnico, decidir o seu destino, mesmo sem esperar o prazo estipulado no parágrafo segundo deste artigo.

Acesso ao Sumário

Art. 25. Quando um animal não identificado for reclamado por um suposto proprietário, o órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses exigirá a apresentação do RGA visando a comprovação da posse.

Parágrafo único. Caso o cão ou gato apreendido nunca tenha sido registrado, o proprietário deverá proceder ao registro do animal no próprio órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, no ato do resgate.

Art. 26. Para o resgate de qualquer animal do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, é necessária também a apresentação de carteira ou comprovante de vacinação.

Parágrafo único. Não existindo carteira ou comprovante de vacinação atualizado, o animal só será liberado após vacinação.

Art. 27. Para o resgate de qualquer animal, bem como para a doação, serão cobradas do proprietário as taxas respectivas, estipuladas pela Prefeitura Municipal de Mauá.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, juntamente com a taxa de retirada, será aplicada multa de 15 FMP.

Art. 28. São considerados maus-tratos contra cães e/ou gatos:

a) Submetê-los a qualquer prática que cause ferimentos, golpes, sofrimento ou morte:

b) Mantê-los sem abrigo, em lugares impróprios ou que lhes impeça movimentação e/ou descanso, ou ainda onde fiquem privados de ar ou luz solar, bem como alimentação adequada e água, assim como deixar de ministrar-lhe assistência veterinária por profissional habilitado, quando necessário;

c) Obrigá-los a trabalhos excessivos ou superiores as suas forças, ou castigá-los ainda que para aprendizagem e/ou adestramento;

d) Criá-los, mantê-los ou expô-los em recinto exíguos ou impróprios, bem como transportá-los em veículos ou gaiolas inadequadas ao seu bem estar;

e) Utilizá-los em rituais religiosos, e em lutas entre animais da mesma espécie ou espécie diferente;

f) Deixar de socorrê-los no caso de atropelamentos e/ou acidentes domésticos;

g) Provocar-lhes a morte por envenenamento;

h) Abatê-los para consumo;

i) Sacrificá-los com métodos não humanitários;

j) Soltá-los ou abandoná-los em vias ou logradouros públicos.

Parágrafo único. A critério do agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, outras práticas poderão ser definidas como maus-tratos, mediante laudo técnico.

Art. 29. Quando um agente sanitário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses verificar a prática de maus-tratos contra cães ou gatos deverá:

I - Orientar e intimar o proprietário ou preposto para sanar as irregularidades nos seguintes prazos, a critério do agente:

a) Imediatamente;

b) Em sete dias;

c) Em quinze dias;

d) Em trinta dias.

II - No retorno da visita, caso as irregularidades não tenham sido sanadas, aplicar multa em conformidade com o disposto no artigo 17 do Decreto Federal 3.179/99 (regulamentação da Lei Federal 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais), e comunicar ao órgão municipal integrante do Sisnama (Sistema Nacional de Meio Ambiente) a configuração do ato de maus-tratos, visando à aplicação da Lei Federal 9.605/98.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. Em caso de reincidência, o proprietário ficará sujeito a:

I- Multa em dobro;

II - Perda da posse do animal.

Art. 30. Todo proprietário responsável pela guarda de um animal é obrigado a permitir o acesso do agente sanitário, quando no exercício de suas funções, às dependências do alojamento do animal, sempre que necessário, bem como acatar as determinações emanadas.

Parágrafo único. O desrespeito ou desacato ao agente sanitário, ou ainda, a obstaculização ao exercício de suas funções, sujeita o infrator à multa de 10 FMP dobrada na reincidência.

Art. 31. Caberá ao órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses a execução de Programa Permanente de Controle Reprodutivo de Cães e Gatos em parceria com universidades, estabelecimentos veterinários, organizações não governamentais de proteção animal e com a iniciativa privada.

Art. 32. O órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses deverá promover programa de educação contínua de conscientização da população a respeito da propriedade responsável de animais domésticos, podendo para tanto, contar com parcerias e entidades de proteção animal e outras organizações não governamentais e governamentais, universidades, empresas públicas e/ou privadas (nacionais ou internacionais) e entidades de classe ligadas aos médicos veterinários.

Parágrafo único. Este programa deverá atingir o maior número de meios de comunicação, além se contar com material educativo impresso.

Art. 33. O órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses deverá prover de material educativo também as escolas públicas e privadas e, sobretudo os postos de vacinação e os estabelecimentos veterinários conveniados para registro de animais.

Art. 34. O material do programa de educação continuada deverá conter, entre outras informações consideradas pertinentes pelo órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses:

a) A importância da vacinação e da vermifugação de cães e gatos;

b) Zoonoses;

c) Cuidados e Manejo dos Animais;

d) Problemas gerados pelo excesso populacional de animais domésticos e importância do controle da natalidade;

e) Castração;

f) Legislação;

g) Ilegalidade e/ou inadequação da manutenção de animais silvestres como animais de estimação, bem como a possibilidade de cadastro de animais silvestres em órgão competente.

Art. 35. O órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses deverá incentivar os estabelecimentos veterinários, conveniados para registro

Acesso ao Sumário

de animais ou não, as entidades de classe ligadas aos médicos veterinários e as entidades protetoras de animais, a atuarem como polos irradiadores de informações sobre a propriedade responsável de animais domésticos.

Art. 36. Os órgãos municipais responsáveis pelo licenciamento e cadastramento de propagandas não autorizarão a fixação de faixas, "banners" e similares, bem como "out-doors", pinturas de veículos ou fachadas de imóveis com imagens ou textos que realcem a ferocidade de cães ou gatos de qualquer raça, bem como associação desses animais com imagens de violência, conforme legislação municipal pertinente.

Parágrafo único. Em caso de infiltração ao disposto no "caput" deste artigo, o infrator, pessoa física ou jurídica, estará sujeito a:

I - Intimação para sanar a irregularidade no prazo de sete dias;

II - Persistindo a situação, multa de 750 FMP, dobrada na reincidência.

Art. 37. O órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses deverá dar a devida publicidade a esta Lei e incentivar os estabelecimentos veterinários credenciados para registro de animais e as entidades de proteção aos animais domésticos a fazerem o mesmo.

Art. 38. O executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 60 dias, contados da sua publicação.

Art. 39. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias suplementadas se necessárias.

Art. 40. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições e contrário."

Sustenta o autor a inconstitucionalidade do referido diploma, com base nos seguintes pontos: (***i***) vício de iniciativa e ofensa à separação de poderes, pois a lei impõe obrigações a órgãos do Poder Executivo; (***ii***) afronta aos princípios da Administração pública, em especial aos da legalidade e eficiência; (***iii***) aumento de despesa pública sem a indicação da fonte de custeio, bem como ausência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro; e (***iv***) violação aos arts. 5º; 25; 47, II, XI e XIV; 111; 144; 174, I, II e III; e 176, I e III, da Constituição Bandeirante. Pede liminar, para suspender a aplicabilidade da lei.

A liminar foi concedida (fls. 54).

A D. Procuradoria Geral do Estado declinou da defesa da indigitada lei (fls. 65/66).

A E. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência em parte da ação (fls. 68/74).

A Câmara Municipal de Mauá prestou informações (fls. 76/79).

É o relatório do necessário.

II- Fundamentação

A ação procede em parte.

Da leitura do texto normativo, extrai-se que, com sua promulgação, o

Poder Legislativo do Município de Mauá acabou por impor ônus ao Executivo, no tocante à obrigatoriedade de registro de cães e gatos (art. 2º a 11), de maneira que assiste razão ao autor ao aduzir a ocorrência de vício de iniciativa e afronta à independência dos poderes.

É que, nos termos do art. 47, XIX, *a*, da Constituição Estadual[1] (aplicável ao caso por força do art. 144, do mesmo diploma), compete **privativamente** ao Prefeito a direção da administração da cidade, na realização de atos de planejamento, direção, organização e execução.

Outrossim, o disposto nos arts. 24 e 25, que regulam procedimentos para doação, apreensão, guarda e identificação dos animais, também alcança a esfera da gestão administrativa, assim como os arts. 31 a 35 e 37, que fixam diretrizes para gerenciamento e educação, além da divulgação da necessidade de registro de animais.

A propósito, este C. Órgão Especial já reconheceu a ingerência parlamentar na administração pública, em questionamentos assemelhados. Confira-se:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 5.258 de 07 de novembro de 2011, do Município de Catanduva, que estabelece normas para o cadastro através de 'chipagem' ou tatuagem de animais domésticos e/ou domesticados no município de Catanduva, e dá outras providências - Violação aos artigos 5º, 25, 47, II e XIV, todos da Constituição Estadual - Inconstitucionalidade decretada - Ação procedente." (ADI 0293257-18.2011.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. em 25/04/2012)

> "Ação direta de inconstitucionalidade - Ato normativo municipal de iniciativa de vereador e que disciplina a responsabilidade e guarda de animais, criando obrigações para a administração municipal, sem a previsão, ainda, das fontes de custeio dos novos serviços - Vício de iniciativa - Matéria inserida na competência privativa do chefe do executivo - Violação da cláusula de separação dos poderes - Ofensa aos artigos 2º, 5º, 25 e 47, II, todos da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios *ex vi* o artigo 144 da mesma carta - Inconstitucionalidade reconhecida - Ação procedente." (ADI 994.09.231054-1, Rel. Des. Marco César Müller Valente, j. em 14/07/2010)

Os demais normativos (arts. 1º, 12 a 23, 26 a 30, 36 e 38 a 40) cuidam de diretrizes abstratas e pertinentes à função legislativa, sem estabelecer obrigações próprias da administração pública.

Em conclusão, o diploma municipal, na parte em que interfere em atividade tipicamente administrativa, afronta o princípio da separação de poderes, consoante os fundamentos apontados.

Acesso ao Sumário

1 "Art. 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: ... XIX - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;"

III - Dispositivo

Ante ao exposto, por meu voto, julga-se **procedente** em parte a ação direta, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º a 11, 24, 25, 31 a 35 e 37, da Lei 4.782, de 29 de maio de 2012, do Município de Mauá.

GRAVA BRAZIL, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003606-17.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO PTB, é réu PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A LIMINAR. V.U. (FICA RETIFICADA A TIRA DE JULGAMENTO DA SESSÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DE 05/02/2014 PARA CONSTAR O SEGUINTE: ADIADO A PEDIDO DO EXMO. SR. DES. EROS PICELI, APÓS VOTOS DO RELATOR, DOS EXMOS. SRS. DES. MÁRCIO BÁRTOLI, PAULO DIMAS MASCARETTI, GRAVA BRAZIL E ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS INDEFERINDO A LIMINAR).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22607)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BÁRTOLI, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, JOÃO CARLOS SALETTI E ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal de Suzano, que teria majorado o IPTU em até 80%, aprovada em desacordo com as formalidades legais segundo a petição inicial, após rejeitada numa

Acesso ao Sumário

primeira oportunidade pela Câmara Municipal - Alegação de nulidade do procedimento legislativo, que não se afigura presente - Aumento exagerado, todavia, que viria a ofender os princípios da moralidade e razoabilidade públicas, ensejando liminar nos mesmos moldes de ação direta outra, relativa ao IPTU da Capital - Descabimento, pelas razões constantes do corpo do voto - Liminar denegada.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade de lei do Município de Suzano, que teria majorado exageradamente o IPTU de terrenos e construções na Comuna, residenciais ou não. Na inicial se apontando, além de ofensas à razoabilidade e à moralidade públicas, ocorrência de vícios formais no processo legislativo que levou à sua aprovação.

Pleiteada medida liminar, alegada urgência já que os carnês de lançamentos estão a ser cambiados aos contribuintes, entendi de bom alvitre remeter a questão ao Colegiado, nos mesmos moldes de outra recente ADIN (nº 0201865-26.2013.8.26.0000), relativa ao Município da Capital.

Meu voto, seguindo a orientação desse Colendo Órgão, ***indefere a medida liminar***. E anota que, ao menos *prima facie*, no sentido puramente técnico da questão, não há ilegalidade aparente no projeto de lei afinal aprovado e em início de vigência.

Não reputo presentes os vícios formais de tramitação, alegados na inicial. Dúvida não havendo de que, rejeitado o projeto de aumento (fl. 256) numa primeira oportunidade, em novembro passado, com algumas poucas alterações veio a ser reapresentado (fl. 272) ao início de dezembro, afinal se vendo aprovar em regime de urgência (fl. 264). Afirmada a ilegalidade da aprovação, descaberia regime de urgência em se tratando de lei complementar, e o projeto reprovado não poderia ser reapresentado na mesma legislatura, mas somente no exercício seguinte.

Na própria inicial, entretanto, ao menos *prima facie* e sem pretender prejulgar, se verifica a existência de adminículos a justificar a conduta do Chefe do Executivo.

Confira-se fl. 12, a Lei Orgânica Municipal ali mencionada, no artigo 47 havendo previsão de regime de urgência (leis complementares no artigo 35, antecedente), desde que solicitado pelo Prefeito.

De artigo com o subsequente artigo 47, do mesmo modo (fl. 12, cit.), rejeitado projeto de lei complementar, poderá ser reapresentado ***no mesmo exercício*** apenas mediante proposta "*da maioria absoluta da Câmara*". Mas

Acesso ao Sumário

isso não se aplica a projeto de iniciativa do Prefeito, de acordo com o parágrafo único desse dispositivo. Quer dizer, no aspecto estritamente legal, ao que é lícito depreender, da parte do Chefe do Executivo nada impedia a reapresentação, afinal havida; a reapresentação qualificada aplicável somente à Câmara.

No aspecto estritamente formal, por outro lado, a simples majoração dos índices da Planta Genérica de Valores não implicaria em ilegalidade nenhuma, desde que - o que sequer se alega - não ultrapassado ***o valor real*** dos imóveis tributados. Este valor o máximo permitido de tributação, do contrário haveria confisco, pelo excedente, como é intuitivo.

Em São Paulo, no precedente da outra ADIN, a Planta Genérica não sofreria atualização desde 2009; a atualização maior que a da mera inflação de um único exercício, a rigor, seria portanto possível, haveria mera recomposição da base imponível.

Não há dúvida de que, de acordo com o artigo 97, § 1º, do Código Tributário Nacional, "*equipara-se à majoração do tributo* ***a modificação de sua base de cálculo****, que importe em torná-lo mais oneroso*". Daí a necessidade de ***lei em sentido estrito***, nos termos do *caput* desse dispositivo. Mas aqui a aprovação ***foi por lei*** (os novos valores da Planta Genérica equivalendo à base de cálculo atualizada do tributo) e, encarada a questão sob esse prisma, não teria havido ilegalidade nenhuma, não haveria falar em *efeito confiscatório*. A alíquota não se afigurando extorsiva, alterada sim a base imponível. Taxados os imóveis sob valores inferiores aos reais, não cabendo cogitar de confisco nenhum.

O que se discute, entretanto, no plano da moralidade pública, é a razoabilidade de majorar o IPTU em até 80% de uma só vez, de um exercício para o outro. Na Capital o percentual de aumento sendo até menor (não teria excedido 35%), mas arredado por este Órgão Especial em sede de liminar. Aqui, adotadas as mesmas considerações então expendidas, a solução haveria que ser a mesma. Mas há convir que, em se tratando de ato político, com base no discricionarismo da pública administração, a rigor não admitiria contrasteamento pelo Judiciário. Sob pena de ser substituído o subjetivismo de um órgão pelo do outro. Do órgão próprio (Executivo, com o *placet* da Câmara Municipal) pelo impróprio (Judiciário) que, com as razões de oportunidade e conveniência que lhe digam respeito - do ***mérito*** da atuação administrativa, em última análise -, nada tem a ver.

O discricionarismo do poder próprio, em tema de tal ordem, não pode ser afastado pelo Judiciário, as razões de oportunidade e conveniência da Comuna têm que ser respeitadas. Nesse sentido, de longa data, Hely Lopes Meirelles, já na 4ª edição (1976), em lição sempre atual de seu *Direito Administrativo Brasileiro*. Isto é (pg. 666):

"*Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permitir ao Judiciário* ***é pronunciar-se sobre o mérito administrativo****, ou seja sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com questões políticas e elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de direito*".

Segue-se que (ob. cit., pg. 669), por maiores razões isso se aplicando para os provimentos de caráter político, por maior razão não devem ser examinados ***a não ser sob o aspecto da legalidade***. Ou, de acordo com Castro Nunes ali citado (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*),

"*os Tribunais* ***não se envolvem****, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação de suas decisões, as medidas de caráter* ***legislativo ou executivo, políticas ou não****, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu aspecto constitucional ou legal*".

Disso decorre que (ob. cit., pg. 671)

"*O* ***processo legislativo****, tendo atualmente contorno constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras e normas regimentais próprias de cada Corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que* ***o Judiciário não pode adentrar o mérito das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário****, nem deve perquirir* ***as opções políticas*** *que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve - quando se argui lesão de direito individual - verificar se* ***o processo legislativo foi atendido*** *em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando infringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário anular a deliberação ilegal do Legislativo para que outra se produza em forma legal*".

Em resumo (pg. 672):

"*Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é* ***substituir a deliberação da Câmara*** *por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para o seu cometimento*".

Daí a denegação da cautela, pelo meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0160642-93.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor APAS - ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. MÁRCIO BÁRTOLI E ITAMAR GAINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21182)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO VILENILSON, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, LUIS GANZERLA, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI, julgando a ação procedente, e, RENATO NALINI (Presidente), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO (com declaração), julgando a ação procedente em parte, e, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MÁRCIO BÁRTOLI (com declaração), julgando a ação improcedente.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal que estabelece tempo máximo de espera para atendimento em caixas de supermercados e hipermercados. Imposição de readequação do quadro de funcionários, para dar cumprimento à lei. Competência deste Órgão Especial para analisar a ação. Matéria relativa a direito de consumo e de trabalho, afeta à competência da União e, concorrentemente, do Estado, se o caso. Usurpação de competência legislativa. Município que falece de interesse local para legislar sobre o assunto. Precedentes do C. Órgão Especial. Ação julgada

Acesso ao Sumário

procedente.

VOTO

Vistos.

Consta dos autos (fls. 66/67):

"*Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar em face da Lei Municipal n. 3.578, de 25 de julho de 2013, que dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário, nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados naquela urbe.*

Alega a requerente que o Município inovou na matéria legislativa reservada à União e ao Estado, em competência concorrente, acerca das relações de produção e consumo (art. 24, VIII da CF, c.c. art. 275, da Constituição do Estado de São Paulo).

Afirma que, ao prever a obrigatoriedade de contratação de mão de obra pelos estabelecimentos, também é violada a competência exclusiva da União concernente à proteção às relações de trabalho (art. 22, I da CF).

Aduz, também, ocorrência de vício de iniciativa, acarretando violação aos princípios da igualdade, razoabilidade e da separação dos poderes, uma vez que compete ao Poder Executivo a direção e organização da Administração Pública (art. 5º, 47, II e XI e 144 da Constituição Estadual)".

A liminar foi deferida (fls. 66/67).

O Prefeito e a Câmara Municipal, em informações, defenderam a constitucionalidade da Lei impugnada (fls. 81/88 e 118/121).

O Procurador Geral do Estado, em seu parecer, manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 123/124).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do incidente (fls. 126/146).

É o relatório.

A ação visa ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n. 3.578, de 25 de julho de 2013, do Município de Campos do Jordão, que "*Dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário, nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados e dá outras providências*", com o seguinte teor:

> "**Artigo 1º** - Todos os estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados no Município ficam obrigados a manter, no setor de caixas, funcionários em número compatível com o fluxo de usuários, de modo a permitir que cada um destes seja atendido em tempo razoável.
>
> § 1º Considera-se tempo razoável para o atendimento ao usuário

Acesso ao Sumário

no setor de caixas:

I - até 20 (vinte) minutos em dias normais;

II - até 30 (trinta) minutos, do quinto ao sétimo dias úteis de cada mês, período de incremento nas vendas em virtude do recebimento de salários.

§ 2º Os períodos de que tratam os incisos I e II deste artigo serão delimitados pelos horários de ingresso e saída do usuário no recinto onde estão instalados os caixas.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão afixar painéis próximos aos caixas informando sobre o número e assunto desta lei com o telefone do órgão responsável no Município pela sua fiscalização.

Artigo 2º - Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão manter seus caixas em operação na proporção mínima abaixo:

I - até dois caixas - 50% (cinquenta por cento);

II - até dez caixas - 70% (setenta por cento);

III - até 15 caixas - 75% (setenta e cinco por cento);

IV - até 16 caixas e acima deste número - 80% (oitenta por cento).

Parágrafo Único - A constatação da incidência nos termos do artigo 1º desta lei deverá ser confirmada por, no mínimo, 03 (três) consumidores, configurando infração legal, devendo o infrator após notificação dispor e manter em constante funcionamento os sistemas de registro de permanência mencionados no § 2º do mesmo artigo em número correspondente aos caixas instalados no estabelecimento, passando a ser obrigatória a instalação de chancela mecânica ou eletrônica para o registro.

Artigo 3º - A infração do disposto nesta lei acarretará ao estabelecimento comercial a aplicação das penalidades administrativas de:

I - multa;

II - suspensão da atividade, nos termos do artigo 59 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de Setembro de 1.990, até que órgão responsável receba, por escrito, dados comprobatórios de que o número de funcionários atendendo nos caixas tenha sido reajustado de modo a sanar a demora no atendimento.

Artigo 4º - Os estabelecimentos referidos no artigo 1º terão o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da promulgação desta lei, para adaptar-se às suas disposições.

Artigo 5º - Se necessário, outras normas serão baixadas para a perfeita aplicação desta lei.

Artigo 6º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Acesso ao Sumário

Nos termos dos arts. 97 e 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI e XI, da Constituição Estadual, compete ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça o processamento e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face da Constituição Estadual, como no caso.

Aqui, o parâmetro é a Constituição Estadual, não a Constituição Federal, ao contrário do que alega o Prefeito Municipal.

Alega a autora violação aos seguintes dispositivos da Constituição Bandeirante:

> "Artigo 5º - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Artigo 25 - Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.
>
> Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
>
> II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
>
> XI - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
>
> Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
>
> Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.
>
> Artigo 275 - O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei".

E, por remissão, aos arts. 22, 24 e 30 da CF:

> "Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
>
> Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> V - produção e consumo;
>
> Art. 30 - Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;".

Acesso ao Sumário

A questão em debate não é nova e já foi objeto de apreciação por este Colendo Órgão Especial. Com a devida vênia do entendimento contrário (de que é exemplo a ADI n. 0246290-75.2012.8.26.0000), mostra-se inconstitucional a lei atacada.

É que o Município de Campos do Jordão invadiu a esfera de atribuição privativa da União, à qual compete, privativamente, legislar sobre direito do trabalho (cf. artigo 22, I, da Constituição Federal, passível de análise conforme art. 144, da Constituição Estadual).

Isso porque a obrigação de que os estabelecimentos mantenham, "*no setor de caixas, funcionários em número compatível com o fluxo de usuários, de modo a permitir que cada um destes seja atendido em tempo razoável*", invariavelmente altera a estrutura organizacional interna dos supermercados e hipermercados, atingindo as relações de trabalho ali existentes.

Além disso, a norma guerreada afronta também o art. 170, da Constituição Federal, pois restringe a livre iniciativa e a livre concorrência, colocando os supermercados e hipermercados em desigualdade com outros estabelecimentos similares do mesmo Município e os supermercados e hipermercados situados em Município diverso; no caso, o tratamento deve ser uniforme, não restrito a uma localidade, o que reforça a inconstitucionalidade da lei municipal.

Na mesma linha, o entendimento do E. STF, em caso análogo:

> "A norma tida por inconstitucional, pelo acórdão recorrido, impunha que todo estabelecimento comercial incluído na obrigatoriedade por ela imposta, contasse com pelo menos um funcionário uniformizado e identificado para a prestação dos serviços de acondicionamento ou embalagem dos produtos adquiridos por seus clientes, para cada máquina registradora em operação.
>
> Já as normas reputadas constitucionais, a par de obrigarem os aludidos estabelecimentos a manter esse tipo de serviço à disposição de seus clientes, também lhes impunha a contratação de pessoas para desempenhá-lo.
>
> Ora, essa norma legal, ainda mais que a anteriormente referida, implica em ingerência na organização interna de estabelecimentos comerciais, acarretando a obrigatoriedade da contratação de pessoas para desempenhar funções que especifica, numa clara invasão da competência legislativa exclusiva que a Constituição Federal reserva à União.
>
> Inúmeros são os precedentes desta Corte, a fulminar iniciativas análogas, o que vem ocorrendo desde a convolação, pelo pleno desta Corte, da medida cautelar deferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Octavio Gallotti, nos autos da ADI nº 669/RJ, decisão essa que restou assim ementada:
>
> 'Arguição de inconstitucionalidade de norma estadual que obriga

Acesso ao Sumário

'as organizações de supermercados e congêneres a manterem pelo menos um funcionário, por cada máquina registradora, cuja atribuição seja o acondicionamento de compras ali efetuadas' (Lei n. 1.914-91, do Rio de Janeiro). Relevância da fundamentação do pedido, deduzida perante os artigos 22, I e parágrafo único e 24, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Perigo da demora caracterizado pelo elevado montante da multa estipulada para o caso de descumprimento da obrigação' (DJ de 29/05/92). [...]

Cabe observar, finalmente, tratando-se da hipótese prevista no art. 125, § 2º, da Constituição da República, que o provimento e o improvimento de recursos extraordinários interpostos contra acórdãos proferidos por Tribunais de Justiça em sede de fiscalização normativa abstrata têm sido veiculados em decisões monocráticas emanadas dos Ministros Relatores da causa no Supremo Tribunal Federal, desde que, tal como sucede na espécie, o litígio constitucional já tenha sido definido pela jurisprudência prevalecente no âmbito deste Tribunal (RE 243.975/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 334.868 - AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS BRITTO - RE 336.267/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO - RE 353.350-AgR/ES, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 369.425/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 371.887/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - RE 396.541/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 415.517/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 421.271 - AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 444.565/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 461.217/SC, Rel. Min. EROS GRAU - RE 501.913/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO - RE 592.477/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RE 601.206/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.).

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A). Publique-se (DJe de 04/02/10).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 4.428/01, do Município de Santa Maria (RS)." (decisão monocrática RE 470933/RS, rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgada em 17/06/2010).

Vê-se, portanto, que a matéria objeto da lei impugnada diz respeito a relação de consumo e de trabalho, matérias sujeitas à competência privativa da União e, concorrentemente, do Estado, se o caso (art. 22, parágrafo único, e 24, § 3º, da CF), não se tratando de assunto de interesse local.

Flagrante a usurpação da competência legislativa.

É o que vem entendendo este C. Órgão Especial:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 11.256, DE 18 DE SETEMBRO DE 2012, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - IMPOSIÇÃO DE TEMPO MÁXIMO DE*

Acesso ao Sumário

ESPERA PARA ATENDIMENTO NOS CAIXAS DE SUPERMERCADOS - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA - INGERÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO INTERNA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE IMPLICA VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA - RIGIDEZ NA FIXAÇÃO DE TEMPO COM DESPREZO DA REALIDADE DINÂMICA DOS SUPERMERCADOS - QUESTÃO QUE COMPORTA REGULAÇÃO PELAS LEIS MERCADOLÓGICAS E CONCORRENCIAIS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E AO DISPOSTO NO ART. 22, I, DA CF C.C. ART. 144, DA CE - PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL - AÇÃO PROCEDENTE" (ADI n. 0246287-23.2012.8.26.0000, rel. Des. Elliot Akel, j. em 18.9.2013);

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR - ATO NORMATIVO QUE DISPÕE SOBRE O TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO NOS CAIXAS DE SUPERMERCADOS E HIPERMERCADOS - MUNICÍPIO PODE LEGISLAR SOBRE ATENDIMENTO AO PÚBLICO E O TEMPO DE ESPERA EM FILAS NOS ESTABELECIMENTOS - INTERESSE LOCAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE OU SEPARAÇÃO DE PODERES - OBRIGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAS SUFICIENTES PARA CUMPRIR OS DISPOSITIVOS LEGAIS - INVASÃO NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO, CONFORME OS ARTIGOS 22, INCISO I, PARÁGRAFO ÚNICO, E 24, PARÁGRAFO 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE EVIDENTE - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO*" (ADI n. 0157509-77.2012.8.26.0000, rel. Des. Artur Marques, j. em 17.4.2013);

"*Ação direta de inconstitucionalidade - Lei n. 8.593, de 9/1/12, do Município de São José dos Campos - Regulamentação de tempo máximo de espera no setor de caixas de supermercados - Inconstitucionalidade formal caracterizada - Imposição de contratação de funcionários, em ofensa ao art. 22, I, da CF c.c. art. 144, da CE - Lei de iniciativa parlamentar que atribui a fiscalização a órgão específico do Poder Executivo - Vulneração do art. 47, XIX, da CE - Inconstitucionalidade material delineada - Ingerência na organização interna do estabelecimento comercial que implica em violação à livre iniciativa - Rigidez na fixação de tempo com desprezo da realidade dinâmica dos supermercados - Questão que comporta regulação pelas leis mercadológicas e concorrenciais - Ausência de pertinência no regramento do tema - Ação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 8.593, do Município de São José dos Campos*" (ADI n. 0130783-66.2012.8.26.0000, rel. Des. Grava Brazil, j. em 27.3.2013).

Deste último precedente, aliás, extrai-se o seguinte excerto:

"*Com efeito, razão assiste à associação autora ao dizer que são inúmeras as variáveis que influenciam a dinâmica dos supermercados com relação ao tempo de espera nas filas dos caixas, de modo que a fixação de tempo de atendimento com tamanha rigidez pela lei municipal chega a arranhar o princípio da razoabilidade.*

Acesso ao Sumário

Na verdade, é interesse dos próprios supermercados manter atendimento célere nos caixas, pois, ao contrário, sofrerão impacto decorrente da perda de clientela, sanção que talvez seja mais eficaz do que a imposição de multas e fiscalização por parte do Município.

Em outras palavras, a questão relativa ao tempo de espera em filas de supermercados comporta regulação pelas leis mercadológicas e concorrenciais, já que, se houver insatisfação na prestação do serviço, o consumidor pode se dirigir a outro estabelecimento".

Por fim, não é o caso de declaração parcial de inconstitucionalidade, como pleiteado pela D. Procuradoria-Geral de Justiça, pois o vício, aqui, é formal, relativo à competência legislativa, o que inquina todo o diploma normativo, não apenas o seu artigo 1º.

Ante o exposto, o meu voto julga procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 3.578, do Município de Campos do Jordão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.690)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.578, de 25 de julho de 2013, do Município de Campos do Jordão. Tempo de atendimento do usuário em filas de caixa de supermercados e hipermercados. Iniciativa legislativa de vereador. Não configurada violação à iniciativa reservada ao Chefe do Executivo. Hipóteses taxativas. Ônus fiscalizatório. Ausência de aumento de despesa. Atividade inerente à Administração Pública. Inexistência de invasão na esfera de competência legislativa privativa da União ou dos Estados. Lei que trata de matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Ausência de interferência na livre iniciativa e livre concorrência. Razoabilidade do alcance da lei. Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade interposta contra a Lei Municipal nº 3.578, de 25 de julho de 2013, que trata do tempo de atendimento do usuário nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados hipermercados e supermercados no Município de Campos do Jordão. Dispõe o aludido texto legal:

"*Artigo 1º - Todos os estabelecimentos comerciais denominados de*

hipermercados e supermercados no Município ficam obrigados a manter, no setor de caixas, funcionários em número compatível com o fluxo de usuários, de modo a permitir que cada um destes seja atendido em tempo razoável.

§ 1º Considera-se tempo razoável para o atendimento ao usuário no setor de caixas:

I - até 20 (vinte) minutos em dias normais;

II - até 30 (trinta) minutos, do quinto ao sétimo dias úteis de cada mês, período de incremento nas vendas em virtude do recebimento de salários.

§ 2º Os períodos de que tratam os incisos I e II deste artigo serão delimitados pelos horários de ingresso e saída do usuário no recinto onde estão instalados os caixas.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão afixar painéis próximos aos caixas informando sobre o número e assunto desta lei com o telefone do órgão responsável no Município pela sua fiscalização.

Artigo 2º - Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão manter seus caixas em operação na proporção mínima abaixo:

I - até dois caixas - 50% (cinquenta por cento);

II - até dez caixas - 70% (setenta por cento);

III - até 15 caixas - 75% (setenta e cinco por cento);

IV - até 16 caixas e acima deste número - 80% (oitenta por cento).

Parágrafo Único - A constatação da incidência nos termos do artigo 1º desta lei deverá ser confirmada por, no mínimo, 03 (três) consumidores, configurando infração legal, devendo o infrator após notificação dispor e manter em constante funcionamento os sistemas de registro de permanência mencionados no § 2º do mesmo artigo em número correspondente aos caixas instalados no estabelecimento, passando a ser obrigatória a instalação de chancela mecânica ou eletrônica para o registro.

Artigo 3º - A infração do disposto nesta lei acarretará ao estabelecimento comercial a aplicação das penalidades administrativas de:

I - multa;

II - suspensão da atividade, nos termos do artigo 59 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de Setembro de 1.990, até que órgão responsável receba, por escrito, dados comprobatórios de que o número de funcionários atendendo nos caixas tenha sido reajustado de modo a sanar a demora no atendimento.

Artigo 4º - Os estabelecimentos referidos no artigo 1º terão o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da promulgação desta lei, para adaptar-se às suas disposições.

Artigo 5º - Se necessário, outras normas serão baixadas para a perfeita aplicação desta lei.

Acesso ao Sumário

Artigo 6º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

2. Por este voto, ouso divergir da posição exposta pelo E. Relator, por entender que o exame do conteúdo da lei impugnada, à luz das normas e princípios constitucionais que devem nortear a interpretação legal, conduz à conclusão segura de que **a ação declaratória de inconstitucionalidade é improcedente**.

3. Inicialmente, registre-se que **não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, vez que o Diploma Legal não cria ou extingue cargos**, funções ou empregos públicos e não fixa remuneração; **não cria ou extingue Secretarias e órgãos** da Administração Pública; e, finalmente, **não dispõe sobre servidores públicos**, tampouco sobre o seu regime jurídico.

Resta evidente, assim, que a lei cuida de matéria não prevista no rol de temas reservados à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (cf. artigo 24, § 2º [1], Constituição Estadual, aplicável por **simetria** ao Município), rol esse que, segundo **posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal**[2], e por diversas

1 Constituição Estadual, Artigo 24 – "*A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

(...)

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 - criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;

3 - organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 - militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 - criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

Acesso ao Sumário

2 "*(...) a jurisprudência que esta Corte consolidou a propósito do tema referente à reserva de iniciativa, sempre excepcional, do processo de formação das leis. Cabe observar, no ponto, por necessário, que o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar a ADI 3.394/AM, Rel. Min. EROS GRAU, apreciando esse específico aspecto da controvérsia, firmou entendimento que torna acolhível a pretensão recursal ora em exame, como resulta evidente da seguinte passagem do voto do eminente Ministro EROS GRAU: 'Afasto, desde logo, a alegada inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, já que, ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Também não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo estadual. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil, dizendo respeito às matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Não se pode ampliar aquele rol, para abranger toda e qualquer situação que crie despesa para o Estadomembro, em especial quando a lei prospere em benefício da coletividade' (grifei) Esse entendimento encontra apoio na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito da iniciativa do processo legislativo (RTJ 133/1044 - RTJ 176/1066-1067), como o revela fragmento do julgado a seguir reproduzido: '(...) - A*

decisões deste Órgão Especial[3], é **taxativo**. Não prospera, igualmente de acordo com esses precedentes da Suprema Corte, o argumento de que qualquer projeto de lei que crie despesa somente deverá ser proposto pelo Chefe do Executivo.

4. Sendo exaustivas e excepcionais as hipóteses de competência privativa do Prefeito para deflagrar o processo de formação das leis, não se pode presumir, tampouco ampliar o sentido dos temas definidos pelo constituinte estadual.

5. Ao Executivo e ao Legislativo correspondem, tipicamente, funções específicas e separadas. Consta da obra "*Direito Municipal Brasileiro*", de **Hely Lopes Meirelles**: "*em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos - e convém se repita - que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental*".

E arremata o autor: "*A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos;*

iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca (...)' (RTJ 179/77, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)" (RE 702848, Min Rel. Celso de Mello, julgado em 29/04/2013, DJe-089 DIVULG 13/05/2013 PUBLIC 14/05/2013, grifado). Igualmente: "*O respeito às atribuições resultantes da divisão funcional do Poder constitui pressuposto de legitimação material das resoluções estatais, notadamente das leis. - Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em conseqüência, a reserva de iniciativa, que deve resultar - em face do seu caráter excepcional - de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em 'numerus clausus', as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis" (ADI 776 MC/RS, Pleno, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 15/12/2006, grifado).* "*(...) Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil (...)*" *(ADI 3394/AM, Pleno, Min. Rel. Eros Grau, DJ 24/08/2007, grifado)* "*(...) Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em consequência, a reserva de iniciativa, que deve resultar - em face do seu caráter excepcional - de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em 'numerus clausus', as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis.*" (*ADI 776 MC/RS, Pleno, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 15/12/2006, grifado*).

3 TJSP, Órgão Especial, Adin nº 0250357-83.2012.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. em 08/05/2013; Adin nº 0270082-58.2012.8.26.0000, Rel. Designado Des. Paulo Dimas, j. em 26/06/2013; Adin nº 0269431-26.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 05/06/2013.

Acesso ao Sumário

dispõe, unicamente, sobre sua execução."[4]

6. Indubitável que a lei em debate **não se constitui em ato concreto de administração**. Cuida-se de norma geral obrigatória de conduta a ser seguida **por particulares, que poderá ser regulada pelo Executivo por meio de provisões especiais**, com respaldo no seu poder regulamentar[5] (cf. artigos 84, IV, CF, e 47, III, CE), respeitadas a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Sendo assim, não se pode afirmar que houve usurpação das atribuições do Poder Executivo e, por consequência, ofensa ao princípio da "separação de poderes".

7. **Não se constata, também, qualquer contrariedade à Constituição unicamente por gerar a lei ônus fiscalizatório à Administração Pública.**

O exercício do poder de polícia é atividade típica do Poder Executivo e inerente à sua atuação, sendo lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo local o exercício dessa função, desde que não crie programas abrangentes de fiscalização ou submeta a Administração a prazos ou cronogramas rígidos.

A fiscalização pelos administradores municipais já está abrangida pela polícia administrativa e as sanções criadas, ademais, não ferem a razoabilidade.

Dessa forma, caberá ao Executivo, segundo critérios de oportunidade e conveniência, exarar normas administrativas que, ao darem cumprimento à referida Lei, adequem a sua estrutura fiscalizatória preexistente.

Neste sentido se posicionou este Órgão julgador em julgado recente: "*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal nº 2.258, de 13 de agosto de 2012, que prevê o monitoramento de imagens nos eventos privados com presença de grande público no âmbito do Município de Louveira - Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada cuida apenas de tema de interesse geral da população, não regulando matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta* - ***Previsão legal, na verdade, que apenas impõe obrigações a particulares e não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários*** - *Ação Direta de*

Acesso ao Sumário

4 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631, grifado.

5 De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*melhor seria designar tal atribuição como 'dever regulamentar', pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um 'poder' de fazê-lo*" (Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 357).

Inconstitucionalidade julgada improcedente. Voto: Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante. ***A perene fiscalização dos acontecimentos de especial interesse, ainda que de natureza privada, realizados em seu território, insere-se no poder-dever da Administração municipal, que dela não pode furtar-se; assim, descabe argumentar-se que a imposição do dever de que se realize o monitoramento por imagens de eventos com previsão de grande público realizados no Município de Louveira implicaria no aumento de despesa do ente público local por criar-lhe nova obrigação; o encargo previsto na legislação local questionada nos autos dirige-se exclusivamente ao particular promotor do evento específico, sem impor qualquer providência ao Poder Executivo****; aliás, a Lei Municipal nº 2.258/2012 é expressa ao facultar à Administração a exigência daquele monitoramento eletrônico, que dela livremente poderá furtar-se, diante da discricionariedade que lhe foi atribuída. De qualquer modo, a propósito, já decidiu esta Corte Paulista em caso análogo ao dos autos que 'o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente' (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).*"[6]

8. Por outro lado, também de forma contrária ao alegado na inicial, **não se vislumbra invasão na esfera de competência legislativa privativa da União, pois a lei impugnada não regula temas ligados à relação de trabalho ou direito empresarial, nem mesmo diz respeito a regras ligadas à livre iniciativa e concorrência dos estabelecimentos comerciais supermercadistas. Em nenhum momento a lei regula a relação entre empregados e empregadores, contrato de trabalho, horas extras, direitos do empresário, relação entre empresas, a liberdade de concorrência ou atuação no mercado. Busca, apenas, garantir aos consumidores locais o adequado atendimento em estabelecimentos de grande porte.** E, ainda que se trate de norma de matéria ligada à proteção ao consumidor, tal fato não permite afirmar que, automaticamente, o Município está invadindo a esfera de competência da União e do Estado, pois apenas suplementa legislação federal de defesa do consumidor, dando concretude à política nacional das relações de consumo estabelecida no Código de Defesa do Consumidor.

No caso dos autos, verifica-se, claramente, que a matéria tratada pela

Acesso ao Sumário

6 ADIN 0186841-89.2012.8.26.0000 - São Paulo - Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 24.04.2013, grifado.

lei impugnada diz respeito a assunto de interesse predominantemente local, incidindo as hipóteses do **art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal**. Com efeito, o tempo de espera dos clientes em filas de supermercados e hipermercados, obviamente, depende da demanda da população do Município e da eficácia e adequação dos serviços prestados pelos comerciantes. Por ser matéria que dependerá das peculiaridades de cada Munícipio, impossível afirmar que o legislador, no caso concreto, extrapolou sua esfera de competência.

É verdade que quando a norma resvala na proteção ao consumidor não se limita ao interesse do próprio Município, mas não há como discordar do fato de ser predominante o interesse municipal em face dos demais entes federativos. Ensina a doutrina que "*[i]nteresse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o 'interesse local', inscrito como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União. (...) Concluindo, podemos dizer que **tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também, indireta e mediatamente, ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de Poderes estranhos sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam elas de outro Município, do Estado-membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou Poderes**. E, não sendo possível ao Município ofendido em sua autonomia convencer administrativamente o Poder estranho a cessar sua intromissão, poderá recorrer ao Judiciário para anular o *ato concreto de interferência inconstitucional*" (**Hely Lopes Meirelles**. *Direito municipal brasileiro*. 17ª ed. atualizado por Adilson Abreu Dallari (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 111-112 - grifei).

Em casos semelhantes, já decidiu o **Supremo Tribunal Federal**: "*Recurso extraordinário Constitucional. Consumidor. Instituição bancária. Atendimento ao público. Fila. Tempo de espera. Lei municipal. Norma de interesse local. Legitimidade. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco.* ***Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município****. Recurso extraordinário conhecido e provido*"[7]. "*Estabelecimentos*

7 STF - 1ª T. - RE 432.789-9 - Rel. Eros Grau - j. 14.06.2005

Acesso ao Sumário

bancários. Competência do município para, mediante lei, obrigar as instituições financeiras a instalar, em suas agências, bebedouros e sanitários destinados aos usuários dos serviços bancários (clientes ou não). Matéria de interesse tipicamente local (CF, art. 30, I). Conseqüente inocorrência de usurpação da competência legislativa federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. ***O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou colocação de bebedouros, ou, ainda, prestação de atendimento em prazo razoável, com a fixação de tempo máximo de permanência dos usuários em fila de espera. Precedentes.*** *O presente recurso extraordinário foi interposto pelo Município de Sorocaba/SP contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 228): 'ESTABELECIMENTO BANCÁRIO - Lei Municipal nº 3.599/91, exigindo bebedouro e sanitários públicos - Ilegalidade - Matéria de competência da União - Lei Federal nº 7.102/83, preexistente, regulando a segurança dos estabelecimentos bancários, com atribuição da fiscalização do Banco Central - Segurança denegada - Recurso provido para a concessão da ordem.' (grifei) A parte ora recorrente sustenta, em suas razões, que o Tribunal local, ao decidir a controvérsia suscitada nos presentes autos, violou a Constituição da República, por haver considerado que o Município não dispõe de atribuição para legislar sobre a instalação, nas agências bancárias, de equipamentos destinados a propiciar conforto aos respectivos usuários, como aqueles referidos no diploma legislativo ora em exame. Passo a apreciar a postulação recursal em causa. E, ao fazê-lo, devo reconhecer que assiste plena razão ao Município recorrente, considerada não só a autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), mas, também, a própria jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria ora em julgamento.* ***Não vislumbro, no texto da Carta Política, ao contrário do que sustentado pela FEBRABAN, a existência de obstáculo constitucional que possa inibir o exercício, pelo Município, da típica atribuição institucional que lhe pertence, fundada em título jurídico específico (CF, art. 30, I), para legislar, por autoridade própria, sobre a instalação de equipamentos destinados a propiciar conforto aos usuários de serviços bancários. Na realidade, o Município, ao assim legislar, apoia-se em competência material - que lhe reservou a Constituição da República - cuja prática autoriza essa mesma pessoa política a dispor, em sede legal, sem qualquer conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central, sobre***

Acesso ao Sumário

tema que reflete assunto de interesse eminentemente local, (a) seja aquele vinculado ao conforto dos usuários dos serviços bancários, (b) seja aquele associado à segurança da população do próprio Município, (c) seja aquele concernente à estipulação de tempo máximo de permanência nas filas das agências bancárias, (d) seja, ainda, aquele pertinente à regulamentação edilícia vocacionada a permitir, ao ente municipal, o controle das construções, com a possibilidade de impor, para esse específico efeito, determinados requisitos necessários à obtenção de licença para construir ou para edificar. *Vale acentuar, neste ponto, por relevante, que o entendimento exposto - consideradas as diversas situações ora especificadas - tem o beneplácito do magistério da doutrina (JOSÉ NILO DE CASTRO, 'Direito Municipal Positivo', p. 294, item n. 3.2, 3ª ed., Del Rey, 1996; HELY LOPES MEIRELLES, 'Direito Municipal Brasileiro', p. 464/465, item n. 2.2, 13ª ed., Malheiros, 2003, v.g.) e, sobretudo, da jurisprudência dos Tribunais, notadamente a desta Suprema Corte (RTJ 189/1150, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 347.717-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AI 347.739/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - AI 506.487-AgR/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 208.383/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 246.319/RS, Rel. Min. EROS GRAU - RE 312.050-AgR/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 385.398-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 432.789/SC, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.). Cumpre enfatizar, por oportuno, na linha dos precedentes que venho de referir, que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a constitucionalidade de diplomas legislativos locais que veiculam regras destinadas a assegurar conforto aos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), tais como as leis municipais que determinam a colocação de cadeiras de espera nas agências bancárias (AI 506.487-AgR/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO) ou que ordenam sejam estas aparelhadas, como sucede no caso, com bebedouros e instalações sanitárias (RE 208.383/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). Essa mesma orientação foi reiterada a propósito da legitimidade constitucional - que se reconheceu presente, por tratar-se de assunto 'de interesse local' (CF, art. 30, I) - de diploma legislativo municipal que também determinava, às instituições financeiras, que disponibilizassem, no recinto das agências bancárias, aos usuários de seus serviços (clientes ou não), à semelhança do que ocorre na espécie, tanto bebedouros quanto instalações sanitárias adequadas (AI 347.739/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM). Cabe assinalar, neste ponto, que a autonomia municipal erige-se à condição de princípio estruturante da organização institucional do Estado brasileiro, qualificando-se como prerrogativa política, que, outorgada ao Município pela própria Constituição da República, somente por esta pode ser validamente limitada, consoante observa HELY LOPES MEIRELLES, em obra clássica de nossa literatura jurídica ('Direito Municipal Brasileiro', p. 80/82, 6ª ed./3ª tir., 1993, Malheiros): 'A Autonomia não é poder originário. É*

Acesso ao Sumário

prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal. Tanto os Estados-membros como os Municípios têm a sua autonomia garantida constitucionalmente, não como um poder de autogoverno decorrente da Soberania Nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça. No regime constitucional vigente, não nos parece que a autonomia municipal seja delegação do Estado-membro ao Município para prover a sua Administração. É mais que delegação; é faculdade política, reconhecida na própria Constituição da República. Há, pois, um minimum de autonomia constitucional assegurado ao Município, e para cuja utilização não depende a Comuna de qualquer delegação do Estado-membro' (grifei). Essa mesma percepção do tema já era perfilhada por SAMPAIO DORIA ('Autonomia dos Municípios', 'in' Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXIV/419-432, 1928), cujo magistério - exposto sob a égide de nossa primeira Constituição republicana (1891) - bem ressaltava a extração constitucional dessa insuprimível prerrogativa político-jurídica que a Carta Federal, ela própria, atribuiu aos Municípios. Sob tal perspectiva, e como projeção concretizadora desse expressivo postulado constitucional, ganha relevo, a meu juízo, no exame da controvérsia suscitada em sede recursal extraordinária, a garantia da autonomia fundada no próprio texto da Constituição da República. A abrangência da autonomia política municipal - que possui base eminentemente constitucional (só podendo, por isso mesmo, sofrer as restrições emanadas da própria Constituição da República) - estende-se à prerrogativa, que assiste ao Município, de 'legislar sobre assuntos de interesse local' (CF, art. 30, I), tal como o fez o Município de Sorocaba/SP, em benefício do conforto dos usuários (clientes ou não) dos serviços bancários. ***Tenho para mim - ao reconhecer que existe, em favor da autonomia municipal, uma 'garantia institucional do mínimo intangível' (PAULO BONAVIDES, 'Curso de Direito Constitucional', p. 320/322, item n. 7, 12ª ed., 2002, Malheiros) - que o art. 30, inciso I, da Carta Política não autoriza a utilização de recursos hermenêuticos cujo emprego, tal como pretendido pela FEBRABAN, possa importar em grave vulneração à autonomia constitucional dos Municípios, especialmente se se considerar que a Constituição da República criou, em benefício das pessoas municipais, um espaço mínimo de liberdade decisória que não pode ser afetado, nem comprometido, em seu concreto exercício, por interpretações que culminem por lesar o mínimo essencial inerente ao conjunto (irredutível) das atribuições constitucionalmente deferidas aos Municípios. Em suma: entendo que o diploma legislativo do Município em referência reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional, pois, longe de dispor sobre controle de moeda, política de crédito, câmbio, segurança e transferência de valores ou sobre organização, funcionamento e atribuições de instituições financeiras, limitou-se, contrário,***

Acesso ao Sumário

a disciplinar, em bases constitucionalmente legítimas, assunto de interesse evidentemente municipal, veiculando normas pertinentes à adequação dos estabelecimentos bancários a padrões destinados a propiciar, em suas agências, melhor atendimento e conforto à coletividade local (colocação de bebedouros e oferecimento de instalações sanitárias), tudo em estrita harmonia com o magistério jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria ora em exame: *'- O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes.' (AI 347.717-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O exame da presente causa e a análise dos precedentes jurisprudenciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal permitem-me concluir que a pretensão jurídica deduzida pelo Município de Sorocaba/SP encontra suporte legitimador no postulado da autonomia municipal, que representa, no contexto de nossa organização político-jurídica, como já enfatizado, uma das pedras angulares sobre as quais se estrutura o próprio edifício institucional da Federação brasileira. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário, em ordem a denegar o mandado de segurança coletivo impetrado pela parte ora recorrida (FEBRABAN - Federação Brasileira das Associações de Bancos). No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável o enunciado constante da Súmula 512/STF. Publique-se*"[8]. "***Definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Competência do município para legislar. Assunto de interesse local. Ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral***"[9]. "*Direito administrativo. Definição do tempo máximo de espera em filas de instituições bancárias. Competência municipal. Interesse local. Existência de repercussão geral proclamada pelo plenário do STF. Ratificação da jurisprudência*"[10].

Sobre o tema, há precedente deste **C. Órgão Especial**: "*Ação Direta de Inconstitucionalidade - Legitimidade ativa - Lei Municipal nº 9.427/2012, de Santo André - Tempo de atendimento nos caixas de Hipermercados, Supermercados ou congêneres. 1 - A legitimidade ativa de associação de classe na ação direta de inconstitucionalidade decorre da demonstração de existência de relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e*

Acesso ao Sumário

8 STF - RE 251542 - Rel. Celso de Mello - decisão monocrática - j. 01.07.2005

9 STF - Repercussão Geral em RE 610.221 - Rel. Ellen Gracie -j_ 29.04.2010

10 STF - 1ª T. - Ag. Reg. No AI 746.511 - Rel. Rosa Weber - j. 05.06.2012

os objetivos sociais da entidade requerente, em razão da evidente possibilidade de repercussão direta ou indireta da legislação sobre sua atividade profissional ou econômica. 2. O tempo de espera em filas de hipermercados, supermercados e congênere inclui-se no âmbito dos assuntos de interesse local do Município, a quem compete a respectiva regulação. 3. A previsão de manutenção de funcionários, no setor de caixas, em número compatível com o fluxo de consumidores, não implica determinação de contratação de novos empregados, cuidando-se apenas de diretriz a ser observada na criação de escalas de serviço dos colaboradores, a fim de dar efetividade ao critério objetivo do denominado 'tempo razoável de espera'. Interpretação conforme a Constituição. Ação improcedente"[11].

No mesmo sentido, já decidiu, também, o **TJ-SE**: "*Processo Civil. Ação Civil Pública. Espera em filas de supermercado. Cumprimento da Lei Municipal 3490/2007. Alegação de inconstitucionalidade. Rejeitada. (...) I - A lei municipal que regula atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila disciplina matéria de interesse local e de proteção ao consumidor, estando configurada a competência legislativa do Município. Precedentes do STF e STJ; II - É de conhecimento público que constantemente os supermercados não disponibilizam o funcionamento de todos os caixas à disposição dos consumidores, o que contribui para a formação de longas filas de espera; (...)*"[12]

9. **Ressalte-se que o caso dos autos não se iguala àquelas situações em que a lei obriga a contratação de pessoal para empacotar compras feitas pelos consumidores.** Em primeiro lugar, porque nesse último caso, efetivamente, haveria a obrigação de contratação de pessoal em todos aqueles supermercados que ainda não contam com esse tipo de serviço. Ademais, o serviço de empacotamento de compras é mero serviço complementar, para garantir conforto ao consumidor. O mesmo não se pode dizer sobre a existência de número razoável de caixas no estabelecimento comercial, **serviço essencial para a espécie de atividade ali desenvolvida**.

Note-se que, nem mesmo a especificação de número mínimo de caixas em funcionamento interfere na atividade econômica e na livre iniciativa do empresário, por não obrigar a contratação de funcionários (art. 2º da Lei Municipal nº 3.578/2013). O que se exige do proprietário do estabelecimento é, tão somente, a fixação de escalas, rodízios e, quando muito, remanejamento de funcionários já contratados de forma adequada para garantir o eficaz atendimento de seus clientes.

10. **Quanto à alegação de violação aos princípios da igualdade e razoabilidade, vez que a lei apenas atingiria parte do setor varejista,**

Acesso ao Sumário

11 TJ-SP - Órgão Especial - ADIN 0246290-75.2012.8.26.0000 - Rel. Itamar Gaino - j. 12.06.2013

12 TJ-SE - 2ª C. Civ. - AI: 2010210691 - Rel. Marilza Maynard Salgado De Carvalho – j. 09.11.2010

esta também não procede. Como bem afirmado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, "*a limitação da incidência da lei local impugnada a supermercados e hipermercados com área construída maior a certa dimensão não é inconstitucional porque alcança os grandes conglomerados comerciais desse ramo, onde o tempo de atendimento nos caixas é superior àqueles estabelecimentos de menor porte*" (cf. fls. 126/7).

Ademais, como foi destacado na jurisprudência supramencionada, é de conhecimento geral que os grandes supermercados, apesar de instalarem diversas ilhas de caixas, não disponibilizam o funcionamento em número minimamente adequado, submetendo seus clientes a longos períodos de espera. Não seria razoável, isto sim, submeter pequenos mercados - muitas vezes meros empreendimentos de gestão familiar - aos mesmos regramentos que os supermercados e hipermercados, que trabalham com uma estrutura planejada e detalhada, e obtêm grandes margens de lucro com sua atividade comercial.

Dessa forma, não há qualquer violação a preceito constitucional a ser declarada.

11. Ante o exposto, por este voto, julga-se **improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade.

MÁRCIO BÁRTOLI, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 30431)

Como salientado pelo eminente relator, a ação visa ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n. 3.578, de 25 de julho de 2013, do Município de Campos do Jordão, que "*Dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário, nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados e dá outras providências*", com o seguinte teor:

"***Artigo 1º*** *- Todos os estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados no Município ficam obrigados a manter, no setor de caixas, funcionários em número compatível com o fluxo de usuários, de modo a permitir que cada um destes seja atendido em tempo razoável.*

§ 1º Considera-se tempo razoável para o atendimento ao usuário no setor de caixas:

I - até 20 (vinte) minutos em dias normais;

II - até 30 (trinta) minutos, do quinto ao sétimo dias úteis de cada mês, período de incremento nas vendas em virtude do recebimento de salários.

Acesso ao Sumário

§ 2º Os períodos de que tratam os incisos I e II deste artigo serão delimitados pelos horários de ingresso e saída do usuário no recinto onde estão instalados os caixas.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão afixar painéis próximos aos caixas informando sobre o número e assunto desta lei com o telefone do órgão responsável no Município pela sua fiscalização.

***Artigo 2º** - Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão manter seus caixas em operação na proporção mínima abaixo:*

I - até dois caixas - 50% (cinquenta por cento);

II - até dez caixas - 70% (setenta por cento);

III - até 15 caixas - 75% (setenta e cinco por cento);

IV - até 16 caixas e acima deste número - 80% (oitenta por cento).

Parágrafo Único - A constatação da incidência nos termos do artigo 1º desta lei deverá ser confirmada por, no mínimo, 03 (três) consumidores, configurando infração legal, devendo o infrator após notificação dispor e manter em constante funcionamento os sistemas de registro de permanência mencionados no § 2º do mesmo artigo em número correspondente aos caixas instalados no estabelecimento, passando a ser obrigatória a instalação de chancela mecânica ou eletrônica para o registro.

***Artigo 3º** - A infração do disposto nesta lei acarretará ao estabelecimento comercial a aplicação das penalidades administrativas de:*

I - multa;

II - suspensão da atividade, nos termos do artigo 59 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de Setembro de 1.990, até que órgão responsável receba, por escrito, dados comprobatórios de que o número de funcionários atendendo nos caixas tenha sido reajustado de modo a sanar a demora no atendimento.

***Artigo 4º** - Os estabelecimentos referidos no artigo 1º terão o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da promulgação desta lei, para adaptar-se às suas disposições.*

***Artigo 5º** - Se necessário, outras normas serão baixadas para a perfeita aplicação desta lei.*

***Artigo 6º** - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário*".

Acesso ao Sumário

Essa matéria tem sido recorrente neste colendo colegiado, sendo-lhe dadas soluções antagônicas, em razão da divergência de entendimento entre os julgadores.

Respeitando o posicionamento adotado pelo eminente relator e sendo coerente com os votos que proferi em outros casos semelhantes, apresento minha divergência, no sentido de julgar parcialmente procedente a ação, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei apenas quanto a seu art. 2º, pelas razões ao final expostas.

Reconheço, pois, a constitucionalidade da lei quanto ao mais, pelos motivos seguintes.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, inc. I, dispõe que cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local.

Sobre o tema, oportuno colacionar o seguinte ensinamento de Vasco Della Giustina:[13]

> "*A Câmara Municipal é o órgão legiferante do Município, a quem compete votar as leis municipais, tendo por base as Cartas Maiores da União e do Estado e a própria Lei Orgânica municipal.*
>
> *O art. 30 da Carta Magna discrimina a competência legislativa do município, onde se sobressai a de 'legislar sobre assunto de interesse local' e a de 'suplementar a legislação federal e estadual no que couber', dentro do espaço que lhe foi constitucionalmente assegurado, respeitados os ditames e as normas da Constituição Federal*".

Segundo Hely Lopes Meirelles, o interesse local não é "*interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o 'interesse local', inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União*."[14]

Ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari:[15]

> "*(...) por interesse local deve-se entender aquele ligado de forma direta e imediata à sociedade municipal e cujo atendimento não pode ficar na dependência de autoridades distantes do grupo, que não vivem os problemas locais.*
>
> *A técnica utilizada para determinar a área de competência municipal por nosso legislador constituinte revela sabedoria, pois é praticamente impossível o levantamento de todas as funções passíveis*

Acesso ao Sumário

13 *Controle de Constitucionalidade das Leis*, 2ª edição, Livraria do Advogado, 2006, p.70.

14 *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição, 2013, p. 110.

15 *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, Revista dos Tribunais, 3ª edição, p. 59.

de serem desempenhadas por um grupo comunitário em proveito de seus membros, assim como é impossível levantar todas as atribuições cabíveis a um grupo comunitário municipal, 'não se podendo portanto enumerar de forma exaustiva a competência municipal'.

Por conseguinte será de competência do Município tudo aquilo que for de interesse local. (...)"

Colhe-se do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Sérgio Turra Sobrane:

"*As matérias em que há iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, em conformidade com a Constituição do Estado de São Paulo, são indicadas taxativamente no art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal (reproduzido no art. 24, § 2º, da Constituição do Estado), e cuja leitura revela claramente que a lei não trata de nenhum dos assuntos arrolados.*

Não há, no caso, qualquer vestígio nem mesmo tênue de desrespeito ao princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 2º da Constituição Federal, repetido no art. 5º da Constituição Estadual.

Inadmissível suscitar ofensa ao art. 25 da Constituição Estadual.

(...).

Ademais, a discussão sobre a geração de despesa pública, sedimentada no argumento de ações estatais para fiscalização e execução da lei, extravasa o âmbito estreito do contencioso abstrato, concentrado e direto da constitucionalidade pela introdução de matéria de fato e dependente de prova".

Do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0157509-77.2012.8.26.0000, realizado por este Órgão Especial no dia 17 de abril de 2013 e cuja relatoria coube ao Desembargador Artur Marques, envolvendo situação análoga, se extrai:

"*No tocante à ação direta de inconstitucionalidade, prevalece na jurisprudência o entendimento no sentido de que o Município pode legislar sobre atendimento ao público e o tempo de espera em filas nos estabelecimentos, tendo em vista que referida matéria é apenas de interesse local*".

(...)

"*Não se constata violação ao princípio da separação de poderes em razão da origem parlamentar da lei impugnada. A reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo deve ser expressa e taxativa em obséquio ao princípio da separação de poderes e à regra da iniciativa legislativa comum e concorrente (arts. 2º e 61, caput e § 1º, Constituição*

Federal; arts. 5º e 24, § 2º, Constituição Estadual), não sendo presumida. Igualmente não se constata a existência de reserva da Administração contida no art. 47, II, XIV e XIX, da Constituição Estadual porque a matéria não se amolda em qualquer das disposições que permitem, excepcionalmente, a emissão de atos normativos pelo Chefe do Poder Executivo sem interferência do Poder Legislativo. (...) A lei não tratou de nenhuma matéria cuja iniciativa legislativa seja reservada ao Chefe do Poder Executivo, e tampouco houve violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa. (...). As matérias em que há iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, em conformidade com a Constituição do Estado de São Paulo, são indicadas taxativamente no art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal (reproduzido no art. 24, § 2º, da Constituição do Estado), e cuja leitura revela claramente que a lei não trata de nenhum dos assuntos arrolados".

Também se deve consignar que o Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do julgamento de situação assemelhada, veiculada no Recurso Extraordinário nº 432.789-9, de relatoria do Ministro Eros Grau e publicado no Diário de Justiça da União de 7 de outubro de 2006, assentou o entendimento no sentido de que lei municipal que regula atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila disciplina matéria de interesse local e de proteção do consumidor, estando configurada a competência legislativa do Município.

No mesmo sentido: Ag Reg no REext nº 367.192-PB, Min. Eros Grau, DJ de 5/5/06.

Vejam-se, também, as decisões monocráticas: AI. nº 429.760, Min. Gilmar Mendes, DJ de 9/8/05; AC. nº 1.124/SC, Min. Marco Aurélio, DJ de 27/3/06; AI. nº 516.268/RS, Min. Celso de Mello, DJ de 18/8/05; SS nº 2.816, Min. Nelson Jobim, DJ de 22/2/06.

O Pleno da Suprema Corte atribuiu efeito de Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário nº 610.221/SC, relatado pela Ministra Ellen Gracie e julgado no dia 27 de agosto de 2010, destacando o seguinte:

"*A hipótese dos autos versa sobre a validade de lei municipal que dispõe sobre o tempo de espera de clientes em filas de bancos. O acórdão entendeu pela constitucionalidade da Lei 3.975/99 do Município de Chapecó.*

Este Tribunal, no julgamento do RE 610.221, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados.

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Nesse sentido: AC 1.124-MC, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 04.08.2006;

Acesso ao Sumário

AI 491.420-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 24.03.2006; AI 709.974-AgR, rel. Min. Cármen Lucia, 1ª Turma, DJe 26.11.2009; RE 432.789, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 07.10.2005; AI 347.717-AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 05.08.2005; AI 747.245-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 06.08.2009; AI 574.296, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 16.06.2006; RE 559.650, rel. Min. Carlos Britto, DJe 02.12.2009".

Do Superior Tribunal de Justiça citam-se, dentre outros, os seguintes julgados: REsp. nº 747.382/DF, Min. Denise Arruda, DJ de 5/12/05; REsp. nº 467.451/SC, Min. Eliana Calmon, DJ de 16/8/04; Ag Rg no REsp. nº 619.045/RS, Min. José Delgado, DJ de 9/8/04.

Mencione-se, ainda, a existência de legislação municipal semelhante à ora questionada, e de reconhecida constitucionalidade, regulamentando os serviços de cartórios e de farmácia.

Forçoso convir, portanto, que o Município de Campos do Jordão, ao criar a Lei nº 3.578, de 25 de julho de 2013, que dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário, nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados, teve por objetivo atender aos anseios daquela comunidade, tratando, pois, de peculiar interesse de natureza local.

Ademais, inexiste invasão da esfera de competência do Poder Executivo pelo Legislativo, uma vez que não há criação de despesas para os cofres públicos e nem criação de novos serviços a impactar a administração municipal.

Assim, não se verifica qualquer inconstitucionalidade formal, pois se encontra evidenciada a observância de procedimento regular na criação da lei, bem como a natureza local do interesse por ela defendido, sem invasão de competência de outra entidade estatal.

Por outro lado, não se observa inconstitucionalidade material, salvo, como dito, em relação ao art. 2º, o que será tratado mais adiante.

A alegação da autora no sentido de que a legislação inquinada viola os princípios da igualdade e razoabilidade, porque desconsidera diversas variantes, mormente aquelas atinentes à capacidade máxima de atendimento e expectativas do consumidor, não é suficiente para autorizar a conclusão de que seu ramo de atividade deva receber, a propósito do tema, tratamento diferente daquele dispensado aos prestadores de serviços bancários, cartorários e farmacêuticos. Aliás, tal qual os primeiros, o setor supermercadista exerce atividade econômica altamente lucrativa.

Posicionamento diverso implicaria afronta ao princípio da isonomia, inclusive em relação aos clientes dos estabelecimentos supermercadistas.

Não se pode desconsiderar que a legislação em apreço busca estabelecer condições adequadas de atendimento ao público na prestação de serviços pelos

Acesso ao Sumário

estabelecimentos supermercadistas, que, quase sempre, não disponibilizam o funcionamento de todos os caixas, provocando a formação de longas filas de espera.

Assim, o Município, como um dos entes federados em que se expressa o Estado brasileiro, ao lado da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, está legitimado a legislar sobre o tema.

Embora nas ADINS processadas sob os números 0130783-66.2012.8.26.0000 e 77.2012.8.26.0000, julgadas em 27 de março e 17 de abril de 2013, relatadas respectivamente pelos Desembargadores Grava Brazil e Artur Marques, este colegiado tenha concluído pela inconstitucionalidade de leis semelhantes emanadas dos Municípios de São José dos Campos e Araraquara, entende-se que, no caso, não existe afronta a qualquer dispositivo constitucional.

Aliás, este mesmo colegiado reconheceu a constitucionalidade de lei semelhante criada pelo município de Guarulhos, conforme ADIN nº 046290-75.2012.8.26.000, de minha relatoria, j. de 12.06.13, consoante a seguinte ementa:

> *Ação Direta de Inconstitucionalidade - Legitimidade ativa - Lei Municipal nº 9.427/2012, de Santo André - Tempo de atendimento nos caixas de Hipermercados, Supermercados ou congêneres.*
>
> *1 - A legitimidade ativa de associação de classe na ação direta de inconstitucionalidade decorre da demonstração de existência de relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente, em razão da evidente possibilidade de repercussão direta ou indireta da legislação sobre sua atividade profissional ou econômica.*
>
> *2. O tempo de espera em filas de hipermercados, supermercados e congêneres inclui-se no âmbito dos assuntos de interesse local do Município, a quem compete a respectiva regulação.*
>
> *3. A previsão de manutenção de funcionários, no setor de caixas, em número compatível com o fluxo de consumidores, não implica determinação de contratação de novos empregados, cuidando-se apenas de diretriz a ser observada na criação de escalas de serviço dos colaboradores, a fim de dar efetividade ao critério objetivo do denominado "tempo razoável de espera".*
>
> *Interpretação conforme a Constituição. Ação improcedente.*

O art. 1º da lei ora questionada deve ser interpretado conforme a Constituição, preservando-se, assim, a intenção do legislador municipal de proteger os consumidores contra práticas abusivas adotadas por comerciantes locais.

Acesso ao Sumário

Acerca da interpretação conforme a Constituição, Alexandre de Moraes[16] leciona:

"*A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.*

Extremamente importante ressaltar que a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de Canotilho, 'a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela'.

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.

A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada interpretação conforme 'só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco', tendo salientado o Ministro Moreira Alves que 'em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo - é a denominada interpretação

Acesso ao Sumário

16 *Direito Constitucional*, 27ª ed., 2011, Atlas, p. 17.

conforme a Constituição".

Da leitura do artigo 1º da Lei Municipal nº 3.578, ora em questão, segundo o qual "*Todos os estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados e supermercados no Município ficam obrigados a manter, no setor de caixas, funcionários em número compatível com o fluxo de usuários, de modo a permitir que cada um destes seja atendido em tempo razoável*", não se extrai fixação de número certo de empregados, o que, se houvesse, realmente interferiria na organização interna do estabelecimento e violaria o princípio constitucional da livre iniciativa. Tão somente se vislumbra a intenção do legislador municipal de traçar diretrizes a serem observadas pelos associados da autora, por ocasião do estabelecimento de escalas de trabalho de seus colaboradores, a fim de materializar e dar efetividade aos referidos dispositivos legais, que tratam de critérios objetivos acerca do denominado "*tempo máximo de espera estabelecido nesta Lei*".

Essa orientação não implica afronta a qualquer dispositivo constitucional, uma vez que, conforme ensinamento de Alexandre de Moraes "*Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está 'sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador*"[17].

Não se pode olvidar que a livre iniciativa e a concorrência são respeitáveis princípios constitucionais, mas não são absolutos, impeditivos de qualquer regramento infraconstitucional. Assim, pode o Poder Público Municipal, de forma legítima, definir regras que busquem implementar garantias asseguradas aos consumidores, atendendo ao disposto no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual, "*A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo...*".

Acesso ao Sumário

Acolhendo-se a alternativa sugerida no parecer do douto Procurador Geral de Justiça, atribui-se, pois, à lei questionada interpretação conforme a Constituição, no sentido de que, ao referir, no art. 1º, à prestação de serviços em tempo razoável nos caixas, ela apenas estabelece uma diretriz lógica, considerado seu objetivo essencial, com isso não interferindo na organização interna do estabelecimento, já que o maior ou menor tempo de atendimento é variável

17 Ob. cit., p. 840.

conforme a densidade demográfica de cada cidade, impondo-se tão somente a obrigação nela esboçada às regiões de maior concentração populacional em que existe justamente afluxo mais elevado de consumidores.

O que verdadeiramente importa é o atendimento aos consumidores, no setor de caixas, em tempo razoável, ficando a cargo e a critério do estabelecimento as medidas que se mostrarem oportunas e eficazes, tais como escalas e remanejamento de seu pessoal fixo.

No entanto, como de início salientado, referida lei é inconstitucional em seu art. 2º, segundo o qual "*Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão manter seus caixas em operação na proporção mínima abaixo: I - até dois caixas - 50% (cinquenta por cento); II - até dez caixas - 70% (setenta por cento); III - até 15 caixas - 75% (setenta e cinco por cento); IV - até 16 caixas e acima deste número - 80% (oitenta por cento)*".

Isso porque ocorre, aí, sem sombra de dúvida, afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa, imiscuindo-se o legislador municipal em matéria que interessa exclusivamente ao empresário, na administração de seu negócio.

A regra do art. 1º, que diz respeito ao tempo máximo de espera pelo consumidor na fila do caixa, é suficiente para o alcance do objetivo de se evitar o abuso, sendo despropositada a outra regra do art. 2º, que, aparentemente com o objetivo de reforçar a anterior, interfere na organização do serviço da empresa, estabelecendo o mínimo de caixas que deve permanecer em funcionamento.

Essa interferência foge, aliás, do razoável, pois não é possível estimar-se, com precisão, o mínimo de caixas que deve ser observado. Em ocasião de baixa frequência no estabelecimento é evidente que o empresário, segundo seu prudente critério, reduz o número de caixas na medida da necessidade, podendo isto acontecer em proporção maior que aquela pensada pelo legislador municipal. Como dito, o que importa não é o número de caixas em funcionamento, mas o atendimento não abusivo do consumidor, cujo tempo máximo de espera na fila é disciplinado no art. 1º da lei.

Tem-se, então, a inconstitucionalidade do art. 2º, *caput*, subsistindo, no mais, o texto legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, com aquela observação quanto à interpretação do art. 1º conforme a Constituição, julga-se parcialmente procedente a ação, reconhecendo-se a inconstitucionalidade apenas do art. 2º, *caput*.

ITAMAR GAINO, Desembargador

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0175836-36.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EROS PICELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.129)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO E ELLIOT AKEL.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

ANTONIO LUIZ PIRES NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação que versa sobre pedido de pensão por morte. Menoridade da parte. Irrelevância. Inexistência de interesses diretamente relacionados às normas de proteção à criança e ao adolescente. Pretensão que envolve - como objeto principal e preponderante - o exame sobre matéria previdenciária. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 6ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça, em razão de o Eminente Desembargador Leme de Campos, por meio de decisão monocrática, ter recusado a competência da 6ª Câmara de Direito Público para conhecer da Apelação Cível nº 0014978-03.2012.8.26.0053, interposta nos autos da ação ordinária nº 0014978-03.2012.8.26.0053, que versa sobre concessão de pensão por morte.

Essa decisão monocrática entendeu que a matéria controvertida envolve interesse de menor (autora da ação), daí resultando a competência da Câmara Especial, nos termos do artigo 188 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

A 6ª Câmara de Direito Público (suscitante), por sua vez, sustenta que "*a despeito do fato de figurar, no polo ativo da demanda, a adolescente L.F.P.F., ora apelante, a discussão reporta-se à matéria que não pertine à Infância e Juventude*", uma vez que "*a criança encontra-se devidamente representada por sua genitora, não estando presentes as hipóteses dos artigos 98, incisos I, II e III, e 208, ambos da Lei nº 8.069/90*" (fl. 122), daí porque entende que o conhecimento do recurso compete à suscitada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, representada pelo Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues e pelo Dr. Sérgio Turra Sobrane, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 6ª Câmara da Seção de Direito Público para processar e julgar o recurso (fls. 137/142).

É o relatório.

Nos termos do art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso destes autos, a ação versa sobre benefício previdenciário (pensão por morte), conforme pedido do item "a" de fl. 08, a seguir transcrito: "*conceder a pensão por morte à autora, referente a servidora falecida I.P.F. desde o seu falecimento até quando perdurar seus estudos, de modo que o referido benefício corresponda à totalidade dos proventos ou vencimentos percebidos pela servidora falecida obedecido o padrão de seu cargo e observados os reenquadramentos posteriores ao falecimento desta*".

Assim sendo, embora a autora fosse menor de idade à época da propositura da ação (fl. 26), a pretensão posta na petição inicial, aqui, envolve - como objeto principal e preponderante - o exame sobre direito previdenciário, sem alguma discussão (específica) sobre normas de proteção à criança e ao adolescente, mais especificamente sobre algumas das matérias tratadas no art. 148 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, daí o reconhecimento da competência da 6ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Público, nos termos do artigo 2º, inciso II, alínea "a", da Resolução/TJ nº 194/2004 c.c. Provimento nº 63/2004: "*I - Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral e questões previdenciais, inclusive as ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819, de 26 de agosto de 1958*".

A questão foi abordada com propriedade no parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, nos seguintes termos:

"*Os direitos e interesses jurídicos debatidos, nestes autos, referem-se à pensão por morte eventualmente devida a dependente previdenciário de servidor público estadual, seja esse dependente pessoa maior ou menor, capaz ou incapaz, todavia, sem qualquer vínculo com a proteção integral, absoluta e prioritária, que norteia as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

O que aqui está em conflito são os interesses, em tese, ofendidos pelo representante do Instituto SPPrev, causando prejuízos, de natureza patrimonial, à Autora, que ao tempo da propositura do pedido judicial era adolescente, por mera contingência temporal.

Cuida-se, portanto, de direitos e interesses eminentemente patrimoniais, de natureza material, garantidos a toda e qualquer pessoa humana, independentemente de sua capacidade civil ou faixa etária" (fl. 140).

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial, em casos semelhantes:

"*Conflito de competência entre a 12ª Câmara de Direito Público e a Câmara Especial. Ação Civil Pública. Questão afeta, primordialmente, à saúde pública. Interesses de adolescentes que constituem aspecto secundário da demanda. Competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução n. 194/2004 c.c. Provimento 63/2004. Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitada, a 12ª Câmara de Direito Público*" (Conflito de Competência nº 0144811-05.2013.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, j. 21/08/2013).

"*Conflito de Competência. Ação de cobrança. Benefício previdenciário. Pensão por morte pleiteada por beneficiário que à época do ajuizamento era menor púbere. Pedido que não cuida de interesses e direitos diretamente relacionados aos da infância e da juventude eventualmente ofendidos. Matéria afeta à Seção de Direito Público. Conflito julgado procedente, declarando-se a competência da C. 6ª Câmara de Direito Público*" (Conflito de Competência nº 0086810-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. Castilho Barbosa, j. 14/08/2013).

"*Conflito de Competência. Ação Civil Pública objetivando a restituição de rendimentos de aplicações financeiras do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, movimentados pela Municipalidade em autorização do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente.*

Acesso ao Sumário

Sentença de procedência. Apelo do Município demandado não conhecido pela Câmara Especial e remetido a uma das Câmaras da Seção de Direito Público. Conflito de Competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito Público. É da competência da Câmara da Seção de Direito Público o julgamento de matéria não inserida ou não relacionada no rol taxativo previsto no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes. Conflito julgado procedente para declarar competente a Câmara suscitante (5ª Câmara da Seção de Direito Público)" (Conflito de Competência nº 990.10.267855-5, Rel. Des. Palma Bisson, j. 03/11/2010).

Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a Apelação Cível nº 0014978-03.2012.8.26.0053 a Sexta Câmara de Direito Público, nos termos do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0191001-26.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS INTEGRANTES DA 1ª SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.360)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO E VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

ARANTES THEODORO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: - Competência recursal. Propositura que versa sobre contrato de previdência privada. Julgamento afeto às Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado. Expressão "questões previdenciais", contida no artigo 3º da Resolução 623/2013, que não pode ser compreendida fora do contexto. Inexistência de motivo para se supor que o dispositivo tenha querido alocar na Seção de Direito Público não apenas as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos como, ainda, as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado. Conflito de Competência acolhido.

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 12ª Câmara da Seção de Direito Público relativamente à 28ª Câmara da Seção de Direito Privado no tocante ao julgamento de apelação interposta em autos de ação aforada por contratante de "Plano de Pecúlio com Resgate" com o fim de obter o resgate dos valores pagos.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência das Câmaras que integram a 1ª Subseção de Direito Privado.

É o relatório.

As Câmaras divergem sobre a competência para julgar recurso extraído de demanda que versa sobre contrato de previdência privada.

O entendimento firmado no Órgão Especial é no sentido de que nesses casos a competência recursal é das treze primeiras Câmaras da Seção de Direito Público, isso por força do artigo 2º, inciso II, alínea "a", da Resolução nº 194/2004 e agora do artigo 3º item I nº 1 da Resolução nº 623/2013, que a elas carreia a incumbência de julgar as seguintes demandas:

"*Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958*."

No entanto, respeitado aquele posicionamento, é hora de se dar solução diversa à questão.

Na linha ditada pelo artigo 103 do Regimento Interno, as Resoluções 194 e 623 adotaram como critério para a fixação da competência a matéria sobre a qual versa a propositura.

Assim, conforme esteja a ação fundada em direito criminal, público

Acesso ao Sumário

ou privado, o recurso deverá então ser julgado por uma das Câmaras da correspondente Seção.

Compreende-se que seja desse modo, dada a conveniência da especialização no trato das matérias submetidas à instância recursal.

Por isso, nenhum motivo existe para se supor que, ao fazer uso do rótulo "*questões previdenciais*", o artigo 3º da Resolução 623 tenha querido alocar na Seção de Direito Público tanto as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos como as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado.

Com efeito, aquela expressão não pode ser compreendida fora do contexto do próprio dispositivo no qual se insere.

Ora, o texto versa sobre ações especificamente atinentes a concursos públicos, servidores públicos em geral, pensões e aposentadorias de funcionários de autarquias (Lei Estadual 4.819/58).

Logo, há que se concluir que o termo "*questões previdenciais*", lá contido, diz respeito apenas e tão somente às questões pertinentes à previdência dos servidores e funcionários públicos.

Destarte, no caso de propositura fundada em contrato de previdência privada o recurso há de ser julgado pelas Câmaras da Seção de Direito Privado, mais especificamente pelas que formam a 1ª Subseção, isso nos termos do artigo 5º item I nº 37 da antes indicada Resolução, eis que se cuida de competência residual.

Nesse sentido, aliás, a manifestação da douta Procuradoria de Justiça:

"*A novel Resolução nº 623/2013 deste Colendo Órgão Especial não prevê expressamente a competência para processar e julgar os recursos interpostos nas ações que tenham como objeto discussões em torno de contrato de previdência privada (...). Assim, se de um lado não se pode imputar a competência do presente recurso à douta Seção de Direito Público, também não nos parece que seja aquela da Terceira Subseção da colenda Seção de Direito Privado, merecendo o reconhecimento de que se trata de competência recursal, residual, da Primeira Subseção*." (fls. 191 e 192).

Meu voto, por isso, acolhe o Conflito e reconhece a competência de uma das Câmaras integrantes da 1ª Subseção de Direito Privado, devendo o recurso ser agora redistribuído.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

Acesso ao Sumário

0203236-25.2013.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é suscitante 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.241)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Recurso de apelação interposto em ação monitória ajuizada por fundação pública municipal para cobrança de mensalidades escolares não pagas - Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP - Pretensão inicial que se funda exclusivamente em contrato de prestação de serviços escolares firmado entre autora e réu, que representaria 'prova escrita sem eficácia de título executivo', hábil a embasar a presente ação - Solução da controvérsia posta nos autos, portanto, que se insere apenas pelo exame de matéria relativa a obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares - Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 5º, inciso III, item III, 13, e § 1º, da Resolução nº 623, de 6/11/2013, deste Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 27ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado nos autos da Apelação Cível nº 0002972-75.2010.8.26.0362, sendo encaminhados os autos ao Órgão Especial desta Corte para dirimila.

O presente recurso de apelação foi originariamente distribuído à 27ª Câmara de Direito Privado (v. fls. 100), que, por acórdão da lavra da Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, datado de 27 de novembro de 2012, declinou de sua competência para apreciação da matéria versada nos autos e determinou sua remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste Tribunal (14ª e 15ª) que detêm a competência para "processar e julgar recursos interpostos nos autos de ações relativas à dívida ativa da Fazenda Municipal" (v. fls. 105/109).

Os autos foram redistribuídos à 18ª Câmara de Direito Público (v. fls. 113), que, por aresto relatado pelo Desembargador José Luiz de Carvalho, em julgamento realizado em 29 de agosto deste ano, igualmente não conheceu do apelo, suscitando o incidente em causa, sob o argumento de que "a competência para processar e julgar o presente recurso é das Colendas Câmaras de Direito Privado (11ª a 36ª), nos termos do art. 2º, inciso III, letra 'd', da Resolução 194/04 do TJSP, por estar inserido 'em ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia" (v. fls. 118/122).

A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo a competência da 27ª Câmara da Seção de Direito Privado para processar e julgar o apelo interposto nos autos (v. fls. 129/132).

É o relatório.

A presente ação monitória foi ajuizada pela Fundação Educacional Guaçuana - FEG em face de Willian Adriano Ferreira, aduzindo, em apertada síntese, que: o requerido matriculou-se no curso de Edificações e frequentou as aulas, mas não efetuou o pagamento de todas as mensalidades referentes ao serviço que lhe era prestado; ajuizou execução fiscal para cobrança do débito, a qual foi julgada extinta, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita; portanto, possui prova escrita, sem eficácia de título executivo, consistente no contrato de prestação de serviços que autoriza a propositura da presente demanda, com vistas ao recebimento da importância de R$ 1.920,19 (um mil, novecentos e vinte reais e dezenove centavos), da qual é credora do requerido.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

O artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe, *in verbis*:

> "*Art. 100. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso vertente, a pretensão deduzida na exordial envolve a cobrança de quantia relativa a mensalidades previstas em contrato de prestação de serviços escolares firmado entre autora e réu, o qual representa "prova escrita sem eficácia de título executivo" (v. fls. 03), que seria hábil a embasar a presente ação monitória.

E estabelece o artigo 5º, inciso III, item III.13 e § 1º, da Resolução nº 623, de 6/11/2013, deste Tribunal de Justiça, precisamente, que:

> "Artigo 5º - A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
>
> (...)
>
> III - Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> III.13 - Ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual, relacionadas com matéria de competência da própria Subseção;
>
> (...)
>
> § 1º - Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia".

Acesso ao Sumário

Como se vê, compete às Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado desta corte processar e julgar as ações monitórias que envolvam "obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares".

E nem se alegue que a demanda encontra seu fundamento em certidão de dívida ativa da Fazenda Municipal, pois, ainda que se admita a inclusão da acionante nesse conceito, na forma estabelecida na Lei Federal nº 6.830/80, certo é que a petição inicial foi expressa ao mencionar que a pretensão exordial amparava-se "na cópia do contrato de prestação de serviço e na ficha do aluno" (v. fls. 03), sem qualquer alusão ao título que embasara a execução fiscal

anteriormente intentada.

Aliás, aludida Resolução nº 623/2013 atribuiu às 14ª, 15ª e 18ª Câmaras da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça competência preferencial "para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não", dentre as quais não se insere o feito em causa.

A propósito, precedente deste Colendo Órgão Especial, lançado em caso análogo ao dos autos, assentou, precisamente, que:

> "Conflito negativo (12ª Câmara de Direito Público *versus* 30ª Câmara de Direito Privado) produzido em recurso tirado de ação monitória. Ação ajuizada para cobrança de mensalidades escolares. Natureza privada e não de direito ou interesse público, ainda que figure no polo ativo uma fundação municipal. Conflito procedente para declarar a competência da 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada)" (v. Conflito de Competência nº 0092867-61.2013.8.26.0000, relator Desembargador ENIO ZULIANI, j. 26/06/2013).

Em suma, o pedido veiculado na lide deve ser dirimido à luz do "Contrato de Prestação de Serviços Educacionais" colacionado pela autora com a exordial, cuja natureza essencialmente privada não se altera em razão da integração de uma fundação municipal ao polo ativo da relação processual da demanda, que não envolve qualquer tema de interesse público; assim, o exame da matéria posta nos autos é realmente afeto à competência das 11ª a 38ª Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, sendo forçoso reconhecer, então, que o conhecimento do apelo em tela insere-se dentre as atribuições da Câmara suscitada.

Ante o exposto, conhece-se do conflito, fixada a competência da 27ª Câmara de Direito Privado desta Corte para processar e julgar o presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0188230-75.2013.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 21083)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

ANTONIO VILENILSON, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - USUCAPIÃO - PEDIDO DA FAZENDA ESTADUAL PARA QUE SEJAM CONSIGNADAS NA SENTENÇA E NO REGISTRO AS LIMITAÇÕES LEGAIS E ADMINISTRATIVAS AO USO DO IMÓVEL DECORRENTES DA LEI DE PROTEÇÃO AOS MANANCIAIS - INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DIRETAMENTE LIGADOS AO MEIO AMBIENTE - RESOLUÇÃO 512/2010 - COMPETÊNCIA DA SUSCITADA 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência na apelação cível nº 0135841-89.2008.8.26.0000, que, a princípio, fora distribuída à 3ª Câmara de Direito Privado, a qual, em acórdão relatado pelo eminente Des. João Pazine Neto, dela não conheceu, porque se cuida de averbação de restrição ambiental na matrícula do imóvel objeto de usucapião localizado em área de proteção ambiental.

Redistribuída à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, acórdão relatado pelo eminente Des. Torres de Carvalho suscitou o conflito de competência, porque se trata de usucapião de área privada, situada no perímetro urbano. Não há discussão sobre direito diretamente relacionado com o meio ambiente.

A Procuradoria de Justiça entende que a competência é da 3ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

Esse o relatório.

Francisco Armando Portero Monteiro propôs ação de usucapião extraordinária, sustentando que possui como sua há mais de 20 anos certa área situada na zona urbana de Mairiporã (fls. 2).

Não fez nenhuma alusão ao meio ambiente.

Para o art. 100 do Regimento Interno deste Tribunal a competência se firma pelos termos da inicial.

A Fazenda Estadual não se opôs ao pedido; simplesmente pleiteou se consignasse na sentença e no registro imobiliário a necessidade de o autor observar "*todas as restrições legais e administrativas incidentes sobre o uso do imóvel*" (fls. 231).

O pedido foi julgado procedente (fls. 247-251).

A Fazenda Estadual apelou, para que as exigências decorrentes das leis que protegem os mananciais (Lei n. 898/75, Lei n. 1172/76, Lei n. 11216/02 e Decreto n. 47.696/03) fossem observadas.

Não há nenhuma discussão sobre *"interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente"* (Resolução n. 512/10).

No mesmo sentido, em processo análogo, relativo a usucapião e com a mesma exigência da Fazenda Estadual fundada na Lei n. 1.172/76, decidiu este egrégio Órgão Especial (Conflito de Competência n. 0144236-94.2013.8.26.0000, relatado pelo Des. Elliot Akel). Do mesmo jeito decidiu em casos de usucapião de imóvel em área de manancial (Conflitos de Competência n. 0032461-74.2013.8.26.0000, relatado pelo Des. Ferreira Rodrigues e n. 0111059-42.2013.8.26.0000, relatado pelo Des. Walter de Almeida Guilherme).

Pelas razões expostas, julgo procedente o conflito, fixando a competência da 3ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0191445-59.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são suscitadas 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. GRAVA BRAZIL. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, EVARISTO DOS SANTOS E JOÃO CARLOS SALETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto OE nº 0286)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, JOÃO CARLOS SALETTI (com declaração), ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI, JULGANDO COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, e, ANTONIO. CARLOS MALHEIROS (com declaração), EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), CAUDURO PADIN, MÁRCIO BÁRTOLI, JULGANDO COMPETENTE A 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE.

São Paulo, 29 de janeiro de 2014.

GRAVA BRAZIL, Relator Designado

Ementa: Conflito de competência entre a 2ª Câmara Reservada do Meio Ambiente, a 5ª Câmara de Direito Privado e (indiretamente) a 12ª Câmara de Direito Público - Ação civil pública visando preservar acervo do M. - Questão inserida no sentido *lato sensu* de meio ambiente, mas que não se insere na competência fixada em favor das Câmaras Reservadas do Meio Ambiente, voltadas apenas ao meio ambiente natural ou ecológico - Meio ambiente *stricto sensu* - Proteção do acervo que se funda na imputação de má gestão e remoção da diretoria da respectiva associação civil - Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada, a 5ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do

Estado de São Paulo em face do M. e Outros, visando preservar o patrimônio histórico e cultural representado pelo acervo do referido ..., com regularização administrativa e financeira da associação civil em que se constitui.

Foi proferida sentença julgando parcialmente procedente a demanda (fls. 719/761 e 863/863v), sendo interposta apelação pelo autor.

Distribuído o recurso à Douta 12ª Câmara de Direito Público, com relatoria do ilustre Desembargador Luiz Burza Neto, Sua Excelência consultou a Egrégia Presidência da Seção de Direito Público se não seria o caso de julgamento pela Seção de Direito Privado, ao que o então Presidente, o culto Desembargador Luis Ganzerla, determinou o encaminhamento à referida Seção.

A nova distribuição recaiu na Colenda 5ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Fábio Podestá, que proferiu voto acolhido pela Douta Turma Julgadora, resultando em acórdão que não conheceu do recurso e determinou a remessa à Câmara Especializada do Meio Ambiente.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Objeto litigioso voltado a proteção de patrimônio cultural e histórico - Competência da E. Câmara Especial do Meio Ambiente - Remessa dos autos - Recurso não conhecido."

Sofrendo nova distribuição, coube à Douta 2ª Câmara do Meio Ambiente, em acórdão relatado pelo ínclito Desembargador Souza Nery, suscitar dúvida de competência, por entender cuidar de questão que não envolve direito ambiental.

O v. aresto ficou assim ementado:

"Apelação - Ação civil pública visando a regularização administrativa e financeira do M. - Pedido de destituição da diretoria e proibição de utilização inadequada dos bens do acervo do ... - Questão que não envolve direito ambiental - Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente - Inteligência da Resolução n. 512/10 do TJSP - Precedentes - Recurso não conhecido - Dúvida de competência suscitada."

O Ministério Público ofereceu manifestação pugnando pela competência da Colenda Câmara Reservada.

Neste Colegiado a dúvida foi distribuída ao culto Desembargador Antonio Carlos Malheiros, que proferiu voto indicando a competência da Câmara Reservada, sendo secundado pelo não menos ilustre Desembargador Evaristo dos Santos.

O r. voto do Relator Sorteado fundamentalmente firma-se no entendimento de que o patrimônio cultural inclui-se na definição legal de meio ambiente.

Seu voto tem a seguinte ementa:

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - Apelação Cível - Ação Civil Pública - Meio Ambiente - Patrimônio Cultural - Conceito que faz parte da definição legal de meio ambiente – Tema relativo à competência afeta às Câmaras

Acesso ao Sumário

> Reservadas ao Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução n. 194/2004 e posteriores alterações, desta Corte - Prevenção - Inocorrência - Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitante."

O nobre Desembargador Evaristo dos Santos corrobora o entendimento, citando precedente deste Órgão Especial e julgados da Seção de Direito Público.

Com a devida vênia, respeitados os entendimentos em contrário, diverge a Douta Maioria nos termos deste voto.

É o relatório do essencial.

II - Ao que consta a questão foi enfrentada neste Colendo Órgão Especial uma única vez, mais precisamente em 17/12/2008, em julgado da relataria do culto Desembargador Mathias Coltro, que proferiu voto com a seguinte ementa:

> "DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - Agravo de Instrumento - Ação civil pública que visa à declaração do valor cultural de imóvel idealizado por renomado escritório de arquitetura, na década de 1960 - Patrimônio cultural que se insere no conceito de meio ambiente - Entendimento - Matéria afeta, atualmente, à Egrégia Câmara Especial do Meio Ambiente, *ex vi* do art. 1º da Resolução n. 240/05, que não traz qualquer distinção em relação a meio ambiente natural e cultural - Competência da E. Câmara Especial do Meio Ambiente."

Inicialmente, saliento que, com a devida licença do v. acórdão da C. Câmara Reservada do Meio Ambiente, como bem pontuado nos votos dos Desembargadores Antonio Carlos Malheiros e Evaristo dos Santos, a questão não esta centrada na destituição da diretoria do M., ainda que o pedido abarque a providência, o ponto fulcral da controvérsia é a preservação do patrimônio cultural e, inclusive, vedar a utilização inadequada dos bens do acervo do ...

Nesse foco, dispensadas as inúmeras citações doutrinárias sobre o tema, parece pacífico que o sentido *lato sensu* de meio ambiente certamente envolve o patrimônio cultural, ou seja, quando se fala em meio ambiente está se falando em meio ambiente natural, cultural ou urbano.

Acesso ao Sumário

Ocorre, *data venia*, que o conflito ou a dúvida de competência não se coloca nesse plano, deve ser analisada sob o prisma da competência das Câmaras Reservadas do Meio Ambiente, vale dizer, se a competência disciplinada em resolução desta Augusta Corte abrange o sentido amplo ou *lato sensu* de meio ambiente ou se a especialização foi voltada ao meio ambiente natural ou ecológico.

Há que se perquirir, ainda, se, com o passar do tempo e a especialização das referidas Câmaras Especiais, a competência não acabou *naturalmente* se concentrando no meio ambiente natural ou ecológico.

Penso que a resposta, *data venia*, é positiva.

Senão vejamos.

Já na criação das Câmaras Reservadas, então uma única Câmara e denominada Câmara Especial do Meio Ambiente, constou como justificativa < *mens legis* > para a criação da especialização o seguinte considerando:

> "**CONSIDERANDO a relevância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os objetivos voltados à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, a necessidade de asseguramento de condições de desenvolvimento socioeconômico**;"

Como se percebe, ao início da especialização dos julgamentos colegiados, a proposta estava voltada ao meio ambiente natural, ao equilíbrio ecológico, à melhoria e à recuperação da qualidade ambiental.

Assim, quero crer, resta evidente que a especialização buscava atender precipuamente ou exclusivamente o meio ambiente natural, a preservação da natureza, do solo, do ar, das águas, das plantas, dos animais.

Não é o caso de dizer que uma coisa é mais importante que a outra, a discussão não é essa, a relevância está no meio ambiente globalmente considerado, mas a motivação da criação da(s) câmara(s) especializada(s) foi a natureza, o meio ambiente na sua acepção primeira, *stricto sensu*.

Ainda que, em um primeiro momento, se possa ter pensado em ampliar essa competência, a proposta originária com isso não se amoldava e nem a estrutura proposta com esse proceder se compraz, tanto é verdade que, em curto espaço de tempo, foi dobrado o número de Câmaras e, consequentemente, de julgadores, tudo para evitar o crescimento do acervo de feitos de tão relevante matéria.

Não se pode olvidar, por outro lado, o esforço dos Desembargadores que lá atuam e buscam dar uma solução para os inúmeros recursos sob seu exame, os quais firmaram entendimento unânime no sentido de que a competência que lhes é atribuída diz apenas com o meio ambiente natural.

Nesse sentido os respeitáveis arestos cujas ementas seguem transcritas:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL - PROCESSO DE TOMBAMENTO - INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO AMBIENTAL - COMPETÊNCIA RECURSAL DA 12ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO COMUM POR PREVENÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO - SUSCITAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Tratando-se de ação civil pública que visa a imposição de cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção de realizar qualquer intervenção em imóvel em processo de tombamento, falece competência a esta 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente para apreciar do tema, mas sim da 12ª Câmara da Seção de Direito Público do TJSP, em razão de prevenção. Suscitação de Dúvida de Competência perante o C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 197

Acesso ao Sumário

do Regimento Interno do Tribunal. Recurso não conhecido." (Ap. n. 0005537-25.2010.8.26. 0099, 2ª Câm. Res. do Meio Ambiente, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. de 13/12/2013)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - QUESTÃO RELATIVA À PRESERVAÇÃO DE CONJUNTO DE EDIFICAÇÕES TOMBADAS - QUESTÃO URBANÍSTICA QUE NÃO ENVOLVE INTERESSE AMBIENTAL - RECURSO NÃO CONHECIDO COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS A UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO." (Ap. n. 0042601-09.2008.8.26.0562, 1ª Câm. Res. do Meio Ambiente, rel. Des. Moreira Viegas, j. de 17/10/2013)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Irresignação contra decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Ação que visa à anulação de ato que determinou a paralisação das atividades de heliponto. Questão relativa à organização do espaço urbano que não está abarcada pela competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. Competência das Câmaras comuns de direito público deste Tribunal, observada a distribuição originária. Recurso não conhecido, com determinação." (Ap. n. 0121521-92.2012.8.26.0000, 2ª Câm. Res. do Meio Ambiente, rel. Des. Vera Angrisani, j. de 28/02/2013)

Aliás, com a competência para decidir os conflitos entre Câmaras de uma mesma seção, a Colenda Turma Especial de Direito Público, caminha no mesmo sentido:

"COMPETÊNCIA. Ação civil pública. São Paulo. Construção de uma casa de espetáculos em bem tombado (Jockey Clube). Inexistência de autorização do CONDEPHAAT, de estudo de impacto da vizinhança e de audiências públicas. Suspensão das obras. 1. Câmara Ambiental. Competência. Cabe à Câmara Ambiental a aplicação da legislação ambiental e o julgamento dos processos que tenham a proteção ou restauração do meio ambiente, seja ele urbano ou rural, como pedido ou causa de pedir; não de outras ações que cuidam de matéria diversa. Aplicação do art. 1º da Resolução 240/2005. Entendimento firmado no AI nº 759.930.5/2-00, 29-5-2008, Rel. Jacobina Rabello, v.u. 2. Câmara Ambiental. Direito urbanístico, histórico e cultural. A ação visa à suspensão da construção de uma casa de espetáculos no terreno do Jockey Clube, tombado pelo CONDEPHAAT. É questão ligada ao direito urbanístico e à proteção dos bens de interesse histórico e cultural, sem conotação ambiental não inserida na competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Conflito conhecido e julgado procedente, estabelecida a competência da 6ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência n. 0138559-83.2013.8.26.0000, rel. Des. Torres de Carvalho, j. de 09/08/2013)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RESTAURAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO, EM ESTADO DE

DETERIORAÇÃO - QUESTÃO URBANÍSTICA QUE NÃO ENVOLVE INTERESSE AMBIENTAL - COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO." (Conflito de Competência n. 0029834-97.2013.8.26.0000, Turma Especial, rel. Des. Francisco Olavo, j. de 21/06/2013)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Agravo de instrumento interposto de decisão passada em autos de ação civil pública objetivando compelir o requerido a abster-se de realizar intervenção em imóvel tombado - Questão não relacionada diretamente ao meio ambiente natural - Conflito procedente - Competência da suscitada (12ª Câmara de Direito Público) para o recurso." (Conflito de Competência n. 0078437-75.2011.8.26.0000, rel. Des. Erbetta Filho, j. de 16/09/2011)

A propósito, deste último julgado, paradigma, diga-se, merece ser transcrito excerto irrespondível:

"Não obstante a doutrina contemplar, além do meio ambiente natural, também o artificial e o cultural, além do meio ambiente do trabalho, e pese a existência de respeitável precedente do Colendo Órgão Especial desta Corte no sentido de estarem afetas àquela Câmara as causas que envolvam o meio ambiente cultural, não parece ter sido o propósito da mencionada Resolução, *data venia*, conferir semelhante extensão à competência do citado Corpo Judicante, senão somente para as questões que envolvam apenas, e diretamente, o meio ambiente natural de que tratam o Capítulo VI do Título VIII da Constituição da República (art. 225) e a legislação infraconstitucional relacionada a esse tema.

Fosse possível atribuir à citada Câmara competência para as causas ligadas ao meio ambiente cultural, não haveria motivo para que essa competência não abarcasse também os feitos envolvendo o meio ambiente artificial, nisso compreendido o conjunto de edificações e dos equipamentos públicos do espaço urbano, independentemente do valor histórico e/ou cultural dos mesmos.

Dada a freqüência das intervenções nesse conjunto, todavia, por certo a Câmara Reservada ao Meio Ambiente açambarcaria boa parte da competência das demais Câmaras de Direito Público não especializadas deste Tribunal. Basta lembrar, a propósito, que, nesse caso, qualquer questão agitada no plano recursal envolvendo, por exemplo, a concessão ou não de alvará de construção ou "habite-se" haveria que ser direcionada à referida Câmara.

Não foi essa, todavia - como visto -, a idéia que orientou a edição do aludido Provimento nº 512/2010."

Em suma, há que se prestigiar o entendimento que emana das Câmaras Reservadas e da respectiva Turma Especial, limitando sua competência às questões afetas ao meio ambiente ecológico ou natural.

Com a licença devida, este Órgão Especial não pode fazer ouvido de mouco aos citados entendimentos, não pode deixar de levar em conta a motivação

Acesso ao Sumário

da criação das Câmaras Reservadas, não pode desconsiderar o entendimento manifestado pelos Magistrados que vivem diretamente o problema, não pode ignorar a especialização restritiva que se firmou ao longo do tempo, não pode desprezar a quantidade de trabalho e as dificuldades enfrentadas pelos julgadores, que lá atuam, para se desincumbir dessa missão, que, diga-se, não é pequena e nem simples.

De outra parte, segundo os fundamentos da inicial, as dificuldades enfrentadas pelo M. estão ligadas à má gestão e prática de atos de administração temerária da associação < leia-se do ... > colocando em risco o acervo histórico e artístico do M., indiscutível patrimônio cultural de São Paulo, do Brasil e porque não dizer dos brasileiros em geral.

Nesse caminhar, se os precedentes relativos ao direito urbanístico ou ao meio ambiente urbano tiveram a competência firmada em favor do direito público, a situação aqui se mostra diversa e aponta para o direito privado, mais precisamente para a Primeira Subseção, nos termos do art. 5º, I, I.1, da Resolução n. 623/2013.

É certo que nada impede que, em um futuro, ainda que próximo, esse entendimento venha a ser alterado, para que as Câmaras Reservadas tenham ampla competência no plano do direito ambiental, mas, à evidência, a conformação dessas Câmaras haverá de ser outra, de forma a que seus integrantes tenham dedicação integral e exclusiva à competência especializada. Essa, no entanto, não é a realidade posta.

Concluindo e considerando que, no caso concreto, a proteção do acervo passa pela análise da gestão da diretoria da associação e afastamento de seus diretores, a competência para julgar o recurso, a meu sentir, deve ser atribuída à 5ª Câmara de Direito Privado.

III - Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, para que a competência seja fixada junto à 5ª Câmara de Direito Privado, para onde o processo deverá ser encaminhado.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.448)

Ousei divergir da d. maioria pelas razões a seguir expostas:

Colhe-se dos autos, que a ação civil pública que originou o recurso a ser julgado versa sobre patrimônio cultural, ou seja, visa coibir a continuidade da prática de atos lesivos, que podem comprometer o precioso acervo, que compõe o M..

O texto Constitucional, assim como toda a legislação infraconstitucional

não deixam dúvida: o patrimônio cultural, composto por bens materiais ou imateriais, é um valor jurídico de conteúdo imaterial, moral, podendo como tal, constar como objeto do direito à preservação. É parte componente do Patrimônio Ambiental.

Neste sentido,

"***O Meio Ambiente Cultural diz respeito às manifestações fruto das culturas dos povos. Diz respeito à manifestação que surge das condicionantes culturais de cada comunidade. Note-se que a tese do direito vincado no multiculturalismo apenas ganha força com o reconhecimento do ambiente cultural***" (José Rubens Morato Leite, Heline Sivini Ferreira (orgs.), Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos, p. 97).

Observando os fundamentos do Direito Ambiental, os aspectos constitucionais de preservação, conservação e recuperação da qualidade ambiental para a sadia qualidade de vida e equilíbrio ecológico Reisewitz assevera que:

"***No caso específico do meio ambiente cultural a preservação recai sobre a própria cultura. Esta, por sua vez, emana de certos bens, que podem ser materiais, como um quadro, um edifício, uma escultura, um acervo ou imateriais, como uma música, uma língua, a história***". (Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro, p. 90).

Os bens culturais compreendem tudo aquilo que tem valor cultural e, a partir do momento que esses bens forem relevantes para garantir a sadia qualidade de vida humana e/ou a manutenção da vida em todas as suas formas, caracterizam-se também como recursos ambientais. Ela esclarece que considerar todos os bens que têm valor cultural como recurso ambiental seria afirmar que tudo o que é cultural deve ser preservado e defende que esse não é o objetivo do direito ambiental, sob pena de termos que engessar o mundo para garantir a preservação.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 194/2004 e posteriores alterações.

Como bem observou a d. Procuradoria Geral de Justiça, o art. 1º, caput, da Resolução nº 512/2010, que as Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente têm competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente da pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, não fazendo referência a quaisquer exceções.

Acesso ao Sumário

Isto posto, pelo meu voto, acolho a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitante, a 2ª Reservada ao Meio Ambiente.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 29.994)

1. Relatório já nos autos (fls. 1.000).

2. Acompanho o Relator.

É caso de julgar procedente o conflito e fixar a competência da suscitante - 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

Segundo consta, o Ministério Público ajuizou **ação civil pública** objetivando "... ***a preservação do patrimônio históricocultural representado pelo acervo do M., com a regularização administrativa e financeira desta associação civil, através do afastamento e posterior destituição da diretoria, no intento de propiciar condições favoráveis para que a gestão associativa corresponda aos objetivos estatutários do ..., de forma a recuperar suas relevantes funções públicas e sociais***..." (fls. 04).

Para tanto, pleiteou a procedência da demanda para: "*a) **declarar**: a.1.) a situação de má gestão da associação, com consequente afastamento de todos os membros que compõem a atual diretoria; a.2.) o valor cultural para o povo brasileiro do acervo histórico e artístico do M., composto do acervo de pinturas; gravuras; esculturas; roupas; tapeçarias; fotografias; documentos; biblioteca; mapas e plantas; hemeroteca e peças de variada natureza e materiais, reconhecendo-os como patrimônio cultural brasileiro, nos termos do artigo 216,* caput*, da Constituição Federal; b) **condenar a associação ré e seus diretores nas obrigações de fazer e não fazer consistentes em**: b.1.) não vender, dar como garantia, alienar sob qualquer título, emprestar para uso externo, locar, doar ou retirar de sua sede qualquer bem do acervo histórico e artístico da entidade, sem prévia realização de cadastro e definição de critérios para descarte de peças do acervo, sob pena de multa aplicável aos responsáveis diretos, nos termos do artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, sem prejuízo de outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, previstas no artigo 461 do mesmo diploma legal; b.2.) realizar eleição para nova composição do quadro dirigente da entidade, nos estritos termos de seu Estatuto Social.*" (fls. 51/52).

Da r. sentença (fls. 719/762) acolhendo, em parte, o pedido, recorreu o autor (fls. 784/854).

Distribuídos os autos à **Eg. 12ª Câmara de Direito Público** (fls. 912),

Acesso ao Sumário

entendeu o i. Des. **LUIZ BURZA NETO** ser caso de consultar-se a **Eg. Presidência desta Seção** quanto à competência e consequente remessa à **Seção de Direito Privado** (fls. 931), o que foi determinado (fls. 933).

Redistribuídos à **Eg. 5ª Câmara de Direito Privado** (fls. 935), esta apreendeu ser caso de remeter os autos a uma das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente** (fls. 951/956). Redistribuídos à **2ª Câmara Especializada** (fls. 967), esta entendeu não versar a controvérsia sobre questão diretamente relacionada ao meio ambiente (fls. 977/986), suscitando a presente **dúvida de competência** perante o **Eg. Órgão Especial**, "*... uma vez que tanto a 12ª Câmara de Direito Público quanto a 8ª* (leia-se, 5ª) *Câmara de Direito Privado já declinaram da competência ...*" (fls. 986).

Ressalta da inicial a preocupação do Ministério Público com a preservação do **meio ambiente cultural**, representado pelo **M.**, de que as providências solicitadas à associação administradora são meras consequências, do que o inverso.

Esse, à luz de preceito regimental (**art. 100** - "*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos **termos do pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modifica-la*" - grifei), o critério a observar.

Acompanho, portanto, o voto do i. Relator Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**.

Segundo consta, a demanda em questão versa sobre "... a **preservação do patrimônio histórico-cultural representado pelo acervo do M.** ..." (fls. 04). Conforme se depreende, para atingir essa precípua finalidade, entende o autor ser necessária uma "... ***regularização administrativa e financeira desta associação civil*** ..." (fls. 04). Pedidos formulados na inicial (fls. 51/52) e acima já reproduzidos, visam, em suma, impedir a suposta prática de atos lesivos aptos a causar danos ao acervo daquela entidade.

Razoável considerar, em que pesem doutas opiniões em contrário da **C. Turma Especial** [***v.g.*** - CC nº 0.078.437-75.2011.8.26.0000 - m.v. j. de 16.09.11 - Rel. Des. **ERBETTA FILHO** e CC nº 0.029.834-07.2013.8. 26.0000 - v.u. j. de 21.06.13 - Rel. Des. **FRANCISCO OLAVO**], que o **patrimônio cultural**, cuja proteção se busca efetivar por meio da presente ação, está inserido no conceito de **meio ambiente**.

Assim já se decidiu neste **C. Órgão Especial** em situação análoga:

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - Agravo de Instrumento - Ação civil pública que visa à declaração do valor cultural de imóvel idealizado por renomado escritório de arquitetura, na década de l960 - **Patrimônio cultural que se insere no conceito de meio ambiente** - Entendimento - Matéria afeta, atualmente, à Egrégia Câmara Especial do Meio*

Ambiente, ex vi *do art. 1º da Resolução nº 240/05, que não traz qualquer distinção em relação a meio ambiente natural e cultural - Competência da E. Câmara Especial do Meio Ambiente.*" (grifei - CC nº 170.880-0/1-00 - v.u. j. de 17.12.08 - Rel. Des. **A.C. MATHIAS COLTRO**).

Somem-se a esses os argumentos adotados em outros julgados (***v.g.*** - AI nº 0.204.260-25.2012.8.26.0000 - Rel. Des. **LEME DE CAMPOS** e AC nº 0.007.893-76.2012.8.26.0566 - Relª. Desª. **SILVIA MEIRELLES**), aos quais me reporto, como razões de decidir, inclusive para evitar enfadonha repetição.

Entendo, portanto, ser razoável reconhecer, no caso, a competência da **suscitante Eg. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente**, nos termos do **art. 1º, *caput***, da **Resolução nº 512/2010**, agora **art. 4º, inciso I, da Resolução nº 623/2013**.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Acompanho o Relator. Pelo meu voto, é procedente o conflito e competente a suscitante Eg. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador, Segundo Juiz vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 22.165)

Peço vênia para divergir do eminente Relator para acolher o conflito de competência e declarar competente a E. Quinta Câmara de Direito Privado.

Assentada a premissa de que a competência se firma pela causa de pedir e pedido, postos na petição inicial (artigo 103 do Regimento Interno), penso, com o devido respeito, que neste caso competente é a Câmara de Direito Privado, não a especializada ou reservada para as causas ambientais.

Assim porque esta demanda não objetiva propriamente a preservação do patrimônio cultural do M., consistente no precioso acervo de obras de arte. A proteção desse patrimônio cultural, na hipótese dos autos, se dá reflexamente, apenas, não obstante um dos pedidos formulados na peça inaugural seja o de impedir que a Associação se desfaça desse patrimônio ou de parte dele, por qualquer meio.

A ação, em realidade, traz pedidos principais de duas ordens, uma, de declaração da "*situação de má gestão da associação, com consequente afastamento de todos os membros que compõem a atual diretoria*", e de declaração do valor cultural para o povo brasileiro do acervo histórico e artístico do M..

A outra pretensão toca a obrigações de fazer e não fazer, a primeira (objeto principal, nesse ponto), de prolação de sentença que, declarando a existência de

Acesso ao Sumário

problemas de gestão, determine que a direção atual da Associação, entre outras vedações, (a) não aliene quaisquer bens do acervo, de um lado, e, de outro, (b) promova eleição para a escolha de novo corpo diretivo, com o fim de resolver aqueles aludidos problemas.

A demanda, como posta, apenas reflexamente, toca aos interesses maiores do M., relativos à preservação de seu acervo de obras de arte. O anúncio desse objetivo - conquanto inserido nos pedidos principais da causa em realidade constitui o motivo da pretensão do Ministério Público por que se force a mudança da direção da Associação responsável pela administração do ..., com vistas a solucionar seus problemas de ordem financeira e administrativa, problemas esses originados da má qualidade da gestão que lá se acha instalada. Não mais que isso.

Não se trata, portanto, de demanda que se insira dentre as de competência das Câmaras Reservadas de Direito Ambiental, como sustentado pela E. Câmara suscitante.

O Desembargador Grava Brazil traz argumento diverso em seu voto divergente - que subscrevo - e que ainda uma vez me leva a reconhecer a competência da 5ª Câmara de Direito Privado, desta feita para afirmar que às Câmaras Reservadas compete dirimir os conflitos que tenham por objeto o ambiente natural ou ecológico, e não também o cultural, como neste caso. Esse o espírito norteador da decisão deste Órgão Especial, de criar as Câmaras reservadas, como expresso em um dos considerandos da Resolução então expedida.

Em sendo assim, e expressando meu respeito pela posição adotada pelos eminentes Desembargadores Antonio Carlos Malheiros e Getúlio Evaristo dos Santos, e assim também pelo v. acórdão da E. Quinta Câmara de Direito Privado, acolho o conflito e declaro competente esse E. Órgão Colegiado.

É meu voto.

JOÃO CARLOS SALETTI, Desembargador

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0181910-09.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes P.R.N. e E.C.R.N.B. e Paciente E.Y.T. (...).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. P.R.N. E USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROC. GILBERTO DE ANGELIS. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.173/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA E ITAMAR GAINO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: *Habeas corpus*. Violência doméstica contra a mulher. Pretensão de concessão da liminar para arquivar a ação penal pública, por alegada decadência do direito de ação, à falta de representação da vítima no prazo legal.

1. O artigo 41 da Lei 3.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispõe que, acontecendo lesões corporais dolosas, ainda que leves, contra a mulher no contexto de "violência doméstica ou familiar", não se aplica a Lei 9099/95, o que permite concluir pela ausência de necessidade de representação da vítima, tratando-se a ação penal, no caso, de pública incondicionada.

2. Denegaram a ordem de *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por P.R.N. E OUTRA em favor de E.Y.T. contra ato da autoridade apontada como coatora, o Excelentíssimo Senhor Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, que teria postergado para momento que considerou oportuno a apreciação da alegação de decadência formulada pelos impetrantes nos autos da investigação

criminal levada a efeito contra o paciente, a quem fora imputado o delito de lesões corporais.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou favoravelmente à concessão da ordem, com o reconhecimento da decadência do direito de representação criminal não exercitado pela vítima, ou, no mérito, pelo trancamento da persecução, por falta de provas da prática delituosa.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

Denego a ordem pleiteada.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por P.R.N. E OUTRA a favor de E.Y.T., apontando como autoridade coatora o Excelentíssimo Senhor Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, que não reconheceu a alegação de decadência do direito de representação que cabia à vítima das lesões corporais cuja autoria fora imputada ao paciente, designando audiência para oitiva de testemunhas, postergando para momento futuro a apreciação da questão suscitada.

Não verifiquei na apreciação inicial deste feito e ainda não considero presente lesividade ou constrangimento ilegal ao paciente com a prolação do despacho pela autoridade coatora, que se limitou a declarar que "*os requerimentos formulados nesta, serão oportunamente apreciados*".

Não houve negativa, mas apenas adiamento para momento oportuno, com maiores elementos para se verificar, com exatidão, a natureza delitiva da imputação e a efetiva incidência do reconhecimento da decadência.

Não há nenhuma determinação teratológica ou ilegal a ser reparada pelo remédio heroico preventivo.

Nos limites angustos deste remédio constitucional, não há lugar para análise da matéria veiculada, que, no caso vertente, atinge o mérito, máxime quando não houve nenhum pronunciamento capaz de ensejar prejuízo ao paciente.

E a designação da audiência para oitiva de testemunhas (fls. 533) tampouco acarreta lesividade a ser sanada pelo instituto eleito, porquanto ausente constrangimento ilegal ou ilegalidade, nesta quadra.

Demais, em que pese o respeitoso entendimento esposado pelo douto Procurador Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 552/55, afirmando presente constrangimento ilegal, tanto pelo não reconhecimento da decadência, quanto pela falta de provas do delito imputado ao paciente, o caso presente comporta cautela na análise das circunstâncias em que ocorreram os fatos noticiados entre o paciente e a vítima.

É o que se depreende das informações prestadas pelo Excelentíssimo

Acesso ao Sumário

Senhor Desembargador relator do inquérito policial (fls. 577/580), autoridade apontada como coatora, onde afirma o que se constata claramente pelo texto do artigo 41 da Lei 3.340/2006 (Lei Maria da Penha) que, acontecendo lesões corporais dolosas, ainda que leves, contra a mulher no contexto de "violência doméstica ou familiar", passou a ação penal a ser pública incondicionada, vez que o art. 88 e toda a Lei 9099/95 teve vedada sua aplicação a esses casos (***STF ADI 4424 e ADC nº 19, rel. Min. Marco Aurélio***).

Assim, cai por terra a pretendida contagem do prazo decadencial de 6 meses proclamada pelo impetrante, tendo lugar o prosseguimento da persecução criminal, nos termos presididos pela digna autoridade impetrada, cuja decisão em prosseguir na dilação probatória também se mostra pertinente até mesmo para o fim de se apurar, com segurança, a efetiva existência de provas capazes, ou não, de permitir a instauração de eventual ação penal.

3. "Itis positis", pelo meu voto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0000017-09.2010.8.26.0512/50000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é agravante SECRETÁRIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE RIO GRANDE DA SERRA, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE RIO GRANDE DA SERRA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.954)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 17 de março de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Agravo Interno.

Apelação Cível. Mandado de Segurança.

Insurgência manifestada contra o não provimento de apelo por decisão monocrática que manteve sentença concessiva de segurança - Matrícula de menores no 1º ano do ensino fundamental - Não prevalência do critério etário - Necessidade de assegurar aos menores o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a sua capacidade, que deve ser analisada de forma individual, e não aferida única e exclusivamente pela idade cronológica - Decisão que enfrentou o recurso em amplitude e profundidade - Decisão mantida.

Multa cominatória em *mandamus* em face da Fazenda Pública - Inaplicabilidade do artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente, pelo eventual descumprimento, cujo comando executivo é pessoal - *Astreintes* afastadas - Vencido.

***Astreintes* fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da maioria da Turma Julgadora.**

Nega-se provimento ao recurso, vencido, em parte, o relator.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto (fl. 513/522), na forma do artigo 557, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, voltado à reforma da decisão, que negou seguimento ao recurso voluntário interposto e à remessa oficial, desprovendo-os de plano (fl. 501/509).

Sustenta-se, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores do julgamento monocrático e a necessidade de reforma da decisão, uma vez que não se pode aplicar a teoria do fato consumado e porque foram observadas as disposições emanadas pela Secretaria da Educação, além de alegar a impossibilidade de aplicação da multa cominatória.

Pede-se, pois, o provimento do presente agravo, a fim de que a apelação tenha regular processamento, conhecimento, apreciação e julgamento pela E. Câmara Especial, ao final dando-se a ela provimento para julgar improcedente a demanda.

2. A decisão recorrida, ora mantida, é do seguinte teor:

"Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 390/394, a qual julgou procedente pretensão deduzida em mandado de segurança, para permitir que os estudantes que cursaram o Pré II em 2009 ingressem na primeira série do ensino fundamental, independentemente da idade, o mesmo se aplicando aos estudantes do Pré I para ingressar no Pré II, facultando-se em ambos os casos apenas ao responsável legal do estudante optar pela repetição do nível já cursado.

A Secretária Municipal de Educação e Cultura do Município de Rio Grande da Serra, em seu recurso (fls. 405/414), preliminarmente, alega a perda superveniente do interesse processual, diante da edição da Resolução CNE 01/2010.

No mérito, argui quanto à impropriedade da estipulação de multa cominatória para eventual inadimplemento da decisão liminar e que está agindo de acordo com a Deliberação CEE nº 73/2008, de modo que o critério para ingresso no ensino fundamental está adstrito a todas as crianças a partir dos 6 anos de idade, completados até 30 de junho de 2010 e cinco anos para o Pré II.

Processado, o recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 415) e contrariado (fls. 419/439), mantendo-se a r. sentença (fls. 440).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do

Acesso ao Sumário

improvimento do recurso (fls. 474/483, reiterado fls. 499).

Os autos foram redistribuídos a esta relatoria, por voto proferido pelo Exmo. Des. Reinaldo Miluzzi, atribuindo a competência a esta C. Câmara Especial (fls. 489/494).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença hostilizada.

É o caso de reexame necessário.

Assim, conheço dos recursos interpostos.

Mas o contexto autoriza o desprovimento deles pela via monocrática, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Aliás, é ao ensejo deste mandamento que se rejeita qualquer reparo à r. sentença desafiada, mesmo porque este Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive por esta Colenda Câmara Especial, e, ainda, nossas Cortes Superiores, já consolidaram jurisprudência referente à pretensão recursal.

O objeto do litígio fulcra-se em assegurar aos alunos da rede municipal, que concluíram, no ano de 2009, os níveis I - primeira fase da pré-escola (38 crianças) e II - última fase da pré-escola (159 crianças), a progressão aos respectivos anos subsequentes, apesar de não terem atingido a idade mínima exigida pelo Município.

Preliminarmente, não há que cogitar-se de falta de interesse processual, nos termos como sustentado pela Municipalidade.

Destaque-se o Parecer exarado pelo Douto Procurador de Justiça, Paulo Afonso Garrido de Paula: '*... o teor da Resolução CNE nº 01/2010 (fls. 107), ao possibilitar,* ***excepcionalmente****, apenas o acesso ao 1º ano do ensino fundamental àquelas crianças que frequentaram por mais de dois anos a pré-escola, não atende por completo o pleito, porquanto não contempla os estudantes do Pré I que pretendem ingressar no Pré II e impõem condição de acesso à primeira série aos estudantes que cursaram o Pré II, não havendo que se falar em carência superveniente*' (fls. 475/476).

A liminar foi indeferida no agravo de instrumento (fls. 445/447).

Aliás, constitui corolário lógico da frequência e aproveitamento regular dos infantes nas fases do Pré I e Pré II da educação infantil, no ano letivo de 2009, a pretensão às suas matrículas nos níveis subsequentes.

Cumpre destacar que a decisão proferida diz respeito àqueles alunos que foram aprovados. E somente não progrediram devido a não terem atingido a idade exigida pelo Município, facultando-se apenas ao responsável legal do estudante optar pela repetição do nível cursado.

Injustificável se revela, sem qualquer ressalva ao aproveitamento dos menores na fase escolar antecedente, obrigá-los a cursarem novamente o mesmo estágio educacional, sem a possibilidade de evoluírem para o nível subsequente da educação infantil, exclusivamente por conta de suas idades, o que caracteriza um retrocesso.

Acesso ao Sumário

A postura assim assumida, a despeito de escorada em deliberação do Conselho Estadual de Educação, colide frontalmente com o preceito constitucional mercê do qual se assegura o acesso aos diversos níveis de educação, a depender exclusivamente da capacidade de cada um (CF, art. 208, inciso V), não havendo espaço para o estabelecimento de restrições outras, por ato normativo hierarquicamente inferior, com fundamento exclusivo no critério etário.

Vale dizer, a capacidade mencionada pelo legislador constitucional, repisada pelo art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não comporta aferição com base, exclusivamente, na idade cronológica do indivíduo.

Nesse sentido dá-se o pronunciamento do E. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 753.565-MS, Rel. Min. Luiz Fux, de cuja ementa se extrai: 'a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica'.

Destaco, por relevante, expressiva passagem do relatório do aresto referido, ao citar a manifestação do Ministério Público Estadual do Mato Grosso, em contrariedade ao recurso, nos seguintes termos:

'*Com efeito, é inegável que o critério cronológico (idade da criança) é uma forma de se mensurar a capacidade intelectual de alguém, todavia, não é a única forma, muito menos deverá ser analisada isoladamente, sob pena de se tornar letra morta o princípio da isonomia contemplado na Constituição Federal e pilar do Estado de Direito.*

O que a Constituição garante e até mesmo impõe como cânone supremo não é a discriminação dos alunos em razão da idade mínima, mas sim o direito de todos à educação sendo dever do Estado garantir esse acesso (art. 205) segundo a capacidade de cada um (art. 208, inciso V), violando a isonomia qualquer ato que afronte estas premissas'.

É salutar destacar-se o posicionamento desta C. Câmara Especial acerca da 'inexistência de limitação constitucional relativamente à idade para a criança ingressar nos diferentes níveis da educação infantil' (Ap. nº 2000533-91.2012.8.26.0037, j. 15.10.2012, v.u.; Ap. nº 0001837-67.2012.8.26.0003, j. 15.10.2012, v.u. e Ap. nº 0023950-04.2011.8.26.0309, j. 06.08.2012, v.u., todos do relator Roberto Solimene).

Digna de registro, também, é a ementa e parte dos fundamentos expostos no v. acórdão relativo ao Reexame Necessário nº 178.828-0/3-00, Relatora Desª. Maria Olívia Alves, j. 27/07/2009, desta C. Câmara Especial:

'REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - Sentença que obriga Município, por meio de diretoria escolar, a matricular criança, ainda fora do limite de idade mínimo instituído em Lei Municipal, em

Acesso ao Sumário

unidade de ensino infantil - Cabimento - Direito Fundamental, líquido e certo - Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República e da discricionariedade administrativa - Necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - Obrigações constitucionais que não se inserem na discricionariedade administrativa - Normas constitucionais de eficácia plena - Direito universal que não pode ser condicionado, segundo critérios do administrador ou limitado legislação infraconstitucional, que prejudica o direito da criança - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido - Manutenção da sentença.'

(...)

'..., o fato de Lei Municipal estabelecer o limite para a realização da matrícula das crianças no Nível I, a partir dos quatro anos, completos até 31 de março do respectivo ano letivo, não pode constituir óbice ao acesso da criança Gustavo à referida etapa educacional, pois, como ele alega, já havia cursado o período antecedente (maternal), no ano de 2008 (fls. 03) e não se mostra razoável que, por uma limitação de idade, estabelecida pela legislação infraconstitucional, ele tenha seu direito à progressão de ensino tolhido.

Aliás, o critério de idade para acesso às diferentes etapas da educação foi escolhido pelo legislador, de forma objetiva, com o intuito de poder assegurar o acesso universal das crianças à educação. Mas tal legislação estabelece uma presunção relativa de que determinada faixa de idade torne a criança mais apta ou não para acompanhamento do ensino que lhe vai ser oferecido. Isso não significa, no entanto, que, em função da idade, a criança não possa ter aptidão para frequentar uma etapa de ensino em um nível superior.

Além disso, neste caso, o direito líquido e certo do impetrante não é o de obter a matrícula em série superior àquela prevista para sua idade, mas sim agora de não ver interrompida a evolução dos seus estudos, para os quais revelou efetiva aptidão.'

E ainda, em destaque:

'MENOR - Mandado de Segurança - Recurso oficial - Ato da Diretora da Escola Municipal que negou matrícula da menor no primeiro ano do ensino fundamental, em decorrência da inadequação da faixa etária - Prejuízo irreparável visto que a criança mostrava-se capacitada para o início do ensino fundamental e já estava prestes a completar os seis anos de idade, exigidos pela lei. Ademais, houve revogação administrativa da medida atacada - Segurança concedida - Sentença mantida - Recurso oficial improvido.'[1]

1 Reexame necessário 149.209.0/1-00, Tanabi, relator o desembargador Luiz Carlos Ribeiro dos Santos, julgamento em 24 de setembro de 2007.

Acesso ao Sumário

'Prestação de serviço educacional. Entidade que impõe à criança cursar novamente a mesma série fundada no fato de existir norma quanto à faixa etária das crianças para freqüência a determinados cursos. Decisão que antecipa a tutela e obriga a instituição de ensino a proceder matrícula de aluno apto na fase escolar subseqüente. Manutenção. A antecipação de tutela era mesmo necessária e recomendável diante da irreversibilidade da medida acaso concedida a tutela somente ao final, posto que o tempo despendido até a efetiva entrega da prestação jurisdicional poderia tornar inócua a pretensão do autor, ora agravado. Ademais, em sede de "summaria cognitio", revelava-se plausível e com forte grau de verdade as alegações do recorrido, não sendo razoável, em princípio, impor compulsoriamente a aluno, com avaliação de desempenho positivo, repetir a mesma fase pré-escolar que cursou. Recurso desprovido.'

Também é de destaque, *mutatis mutandis*, trecho de aresto do pretório excelso, assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 127 DA CF/88. ART. 7º DA LEI 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". PRECEITO CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é indisponível, em função do bem comum, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. Menores de seis anos incompletos têm direito, com base em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA (Lei 8.069/90), ao ensino fundamental.

(...)

6. Recurso Especial provido.'[2]

Não se olvide, ainda, da circunstância de figurar como uma das diretrizes do planejamento escolar a continuidade de estudos dos alunos já matriculados, a pressupor, ressalvada hipótese justificada de baixo aproveitamento, o direito à evolução para o estágio subsequente do ensino.

Tem-se, pois, na recusa da apelante em promover a matrícula dos menores nas fases subsequentes do Pré I e Pré II, ato manifestamente ilegal e abusivo, passível de correção por esta via mandamental, posto forçado aquele, por via transversa, a ver sobrestada a evolução do

Acesso ao Sumário

2 Recurso Especial 1189082/SP, relator o ministro Herman Benjamin da Segunda Turma, julgamento em 02 de dezembro de 2010.

aprendizado dos menores, o que caracteriza um retrocesso.

Cumpre destacar, novamente, manifestação exarada pelo digno representante do Ministério Público, '... *não é razoável supor que o desiderato de efetivo gozo do direito fundamental à educação pelas crianças, inferido do artigo 208, inciso I, da Constituição Federal e artigo 5º da Lei 9394/96, bem como o de "pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho" (ECA, art. 53, "caput"), possam ser alcançados com a* ***imposição às crianças de cursarem novamente o estágio anterior, mesmo que tenham sido declaradas aptas à evolução educacional****. Muito pelo contrário, a conduta do Apelante, impediente das crianças darem continuidade regular aos seus estudos, importa, verdadeiro "****retrocesso social****", incompatível com o direito social adquirido pelas crianças que concluírem a pré-escola I e as que finalizaram a pré-escola II*' (fls. 482).

Para rematar, não procede a irresignação do **Município de Rio Grande da Serra** em relação à multa cominatória.

De certo, uma vez admitida a possibilidade de se condenar o Poder Público à obrigação de fazer ou de não fazer, a sua sujeição ao sistema de multa cominatória é mero efeito: a sanção pecuniária surge como providência útil a possibilitar o cumprimento específico da obrigação imposta.

Os Tribunais Superiores vêm, seguidamente, autorizando a aplicação de multa, em caso de descumprimento de ordem judicial, mesmo em se tratando de Fazenda Pública, levando-se em conta não ser possível admitir-se possa ente público negligenciar perante decisão, sentença ou acórdão, cumprindo-o quando e na forma que bem entender, em total desrespeito.

Sobre esse aspecto o E. Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

'PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESCUMPRIMENTO - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento já consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, nas obrigações de fazer, é permitido ao Juízo da execução a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

2. Precedentes (REsp. nº 189.108/SP, 279.475/SP e 418.725/SP).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido'. (REsp. 341.499/SP - Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Portanto, a multa imposta em caso de descumprimento da obrigação não é ilegal, e o valor arbitrado mostra-se razoável, devendo ser mantida.

Acesso ao Sumário

A hipótese da teoria do fato consumado aqui mostra-se útil, porque a situação estabilizou-se há mais de três anos, beneficiados que foram os menores com a concessão da medida liminar em janeiro de 2010 (fls. 49) e que se tornou definitiva pela sentença prolatada em 15.04.2010 (fls. 390/394).

Logo, por todos os ângulos de análise expostos, a pretensão recursal não tem como ser acolhida.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos recursos voluntário e oficial, este último tido por ocorrido."

O artigo 557 do Código de Processo Civil não afronta o princípio do "duplo grau de jurisdição".

A decisão monocrática é proveniente do segundo grau de jurisdição e, de todo modo, tal princípio não é absoluto e deve se coadunar com as demais garantias processuais constitucionais, em especial com o direito à prestação jurisdicional em tempo razoável, incompatível com a insistência em se discutir matérias que já encontraram, de há muito, pacificação judicial.

Tampouco ficou superado o artigo 557 do Código de Processo Civil pela alteração do artigo 555 do mesmo *codex*, já que naquele insculpiu-se autêntico poder-dever conferido ao relator de um recurso, quando evidente a inutilidade da procrastinação discursiva do feito, por força e razão de teses já superadas por um entendimento majoritário.

E os requisitos legais autorizadores do julgamento nessa forma estão presentes, diante da jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal e dos Egrégios Tribunais Superiores, exaustivamente citada no corpo da decisão hostilizada.

À título de ilustração, conforme adverte Hely Lopes Meirelles ('Mandado de Segurança', 15ª Edição, Editora Malheiros, atualizada por Arnold Wald, pág. 25/26), **"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.**

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança".

Acesso ao Sumário

Para Celso Agrícola Barbi, **"enquanto para as ações em geral, a primeira condição para sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança"** ('Do Mandado de Segurança', 6ª Edição, Forense, 1993, pág. 5).

Prossegue o autor: **"Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é a mais adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos"** (op. cit. pág. 61).

Ocorre que o indeferimento de matrícula, fundado tão somente na idade cronológica, acarretará aos menores indiscutíveis danos, pois não poderão progredir em seus estudos. Esse avanço somente poderia ser obstado com a comprovação de sua inaptidão, o que inocorreu no caso em testilha.

Por todas essas considerações, a argumentação contida na decisão recorrida é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pelo agravante, neste recurso, não a debilitaram, impondo sua manutenção, mormente considerando que se está diante de uma situação já consolidada.

Da multa.

Não se discute aqui a possibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública e nem se questiona sua natureza de instrumento processual de coerção indireta, apto a compelir o destinatário a cumprir a ordem judicial e, assim, de inegável importância na busca da efetividade do processo e concretização da vontade do Estado-juiz.

Também está fora de questão a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às normas que regem o mandado de segurança.

No entanto, a aplicação subsidiária dos artigos 461, §§ 4º a 6º e 461-A, do Código de Processo Civil não se mostra possível, uma vez que o destinatário da ordem mandamental é a autoridade coatora, pessoa física, e não a pessoa jurídica de direito público a que aquela pertence, de modo que quem deve ser responsabilizado pelo descumprimento é direta e pessoalmente a autoridade.

Esse já era o entendimento predominante no regime jurídico anterior, da Lei nº 1.533/51, o que somente foi reforçado diante dos termos da vigente Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e que, preenchendo lacuna existente, de forma expressa, criminalizou a conduta

Acesso ao Sumário

consistente em deixar de cumprir ordens judiciais proferidas em mandados de segurança:

> **Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.**

Assim sendo, houve opção legislativa acerca das consequências para o descumprimento de ordem judicial decorrente de mandado de segurança, e a opção foi pelo crime de desobediência, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário a respeito.

E quem cometerá o crime de desobediência será a autoridade apontada como coatora e a quem foi dirigida a ordem descumprida, ou seja, trata-se de responsabilidade pessoal, incompatível, na hipótese, com a fixação de multa coercitiva a ser arcada pelo erário público.

Nesse sentido:

> **Fornecimento de medicamento - Mandado de segurança - Indeferimento da liminar - Direito à saúde garantido pela Constituição Federal (art. 196) - Dever dos componentes do Estado Federal de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício desse direito, inclusive com fornecimento de medicamentos - Recurso provido - Fornecimento de medicamento - Mandado de segurança - Busca de imposição de multa diária - 'Astreinte' por eventual inadimplemento - Fazenda Pública - Descabimento - Impertinência em ação mandamental - Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2043803-48.2013.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 28/11/2013).**
>
> **MULTA COMINATÓRIA. Em mandado de segurança responde a autoridade pessoalmente, inclusive na esfera criminal, pelo descumprimento de ordem judicial, daí não se falar em aplicação de astreinte. Decisão reformada. Recurso parcialmente conhecido e provido, com observação, na parte conhecida (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2066049-38.2013.8.26.0000, Rel. Coimbra Schmidt, j. 24/01/2014).**

Acesso ao Sumário

Enfim, devem ser afastadas as *astreintes*, porque absolutamente impertinentes na hipótese do *mandamus*, pelo simples fato de que o eventual descumprimento da ordem mandamental da espécie não comporta aplicação do disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem

dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente, pelo eventual descumprimento, razão pela qual não há falar em sanção cominatória no *mandamus*, vez que o comando executivo é pessoal.

Vencido, em parte, este relator.

Astreintes fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1350966/PE) e da maioria da Turma Julgadora (Agravo Regimental nº 2004413-71.2013.8.26.0000/50000; Apelação/Reexame Necessário nº 0003828-55.2013.8.26.0161 e Apelação nº 0000902-76.2012.8.26.0019).

3. À vista do exposto, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto, vencido no tocante às *astreintes*.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003981-21.2013.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE INDAIATUBA, é apelado W.M.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GONZAGA FRANCESCHINI (Decano).

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

RICARDO ANAFE, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Ementa: Apelação. Ato infracional.

Conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 - Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses, cumulada com medida protetiva de tratamento para dependentes - Alegação de desacerto da medida socioeducativa aplicada - Menor sem antecedentes e com boa estrutura familiar - Internação provisória suficiente para conscientizá-lo

Acesso ao Sumário

da gravidade do ato praticado - Relatório favorável ao cumprimento da medida em meio aberto.

Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público em face da sentença (fl. 71/74) que julgou procedente a representação oferecida contra W.M.S. por prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe a medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo mínimo de seis meses, cumulada com medida protetiva de tratamento para dependentes de droga.

Sustenta o apelante, em síntese, o desacerto da medida fixada ao menor, que declarou trabalhar para o tráfico, praticando ato infracional gravíssimo. Pugna, assim, pela substituição da medida aplicada na origem pela de internação (fl. 80/84).

Apresentadas as contrarrazões (fl. 94/96) e mantida a decisão recorrida (fl. 90), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 101/103).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

No dia (...), por volta das 14h00, na Rua (...) e Rua (...), Indaiatuba, SP, o adolescente tinha em depósito um tablete de maconha, substância entorpecente e que causa dependência física e psíquica, pesando aproximadamente 428g, para fins de entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A materialidade deriva do boletim de ocorrência (fl. 16), do laudo de constatação (fl. 21) e do exame químico toxicológico (fl. 59).

No que se refere à autoria, tal requisito resulta sem dúvida do conjunto probatório apresentado, bem assim da confissão do menor perante o juízo *a quo* (fl. 52/52 vº).

Ganha destaque, ainda, o relato firmado sob o crivo do contraditório pelo policial militar S.P.S., corroborando a apreensão do narcótico na posse do menor e a intenção de venda (fl. 68/68vº).

Há, assim, prova suficiente para embasar a representação, cingindo-se, então, o debate, ao tratamento ressocializador a ser adotado.

O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a internação pode ser aplicada para quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inciso I), por reiteração no cometimento de outras infrações graves (inciso II) e por descumprimento reiterado e injustificável da

Acesso ao Sumário

medida anteriormente imposta (inciso III).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que o adolescente é perigoso ao praticá-lo, pois tem o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indefinidas, com reflexos no seio da comunidade.

Cabível a medida de internação no caso de ato infracional análogo ao tráfico, o que justificou a internação provisória do menor.

Quanto ao contido na Súmula 492 do STJ, não se trata de afastá-la, à medida que é possível considerar não apenas o ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça, mas as demais circunstâncias, que permearam a conduta infracional, bem como, a proteção integral ao adolescente em conflito com a lei.

No caso em testilha, como bem salientado pela Procuradoria Geral de Justiça, levando-se em conta os critérios supra citados, a medida socioeducativa foi bem aplicada.

O menor, com 15 anos de idade, não ostenta antecedentes e possui boa estrutura familiar, sendo que a internação provisória (por pouco mais de um mês), ao que parece, atingiu seus objetivos, mantendo o adolescente bom comportamento, apto ao cumprimento da medida em meio aberto (relatório de diagnóstico a fl. 62/64).

Destaca-se que a medida de liberdade assistida visa proporcionar a reabilitação e a reeducação do menor infrator, impondo-lhe freios e responsabilidades. Não só por sua inexorável carga sociopedagógica, mas também pela possibilidade de cumprimento em meio aberto, junto de sua família e sem privá-lo do convívio social, mostra-se eficaz para despertar suas aptidões, bem como incutir no jovem noções de cidadania, fazendo-o refletir acerca de sua conduta reprovável e antissocial, e viabilizando a ressocialização preconizada pelo estatuto menorista, tudo em conformidade com a proteção integral da criança e do adolescente.

3. À vista do exposto e pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3006420-65.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CAMPINAS, é apelado L.A.P. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencido o Relator que fará declaração. Acórdão com o 2º Juiz. Fará declaração de voto convergente o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, vencedor, CAMARGO ARANHA FILHO, vencido e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Relator Designado

Ementa: Apelação - Ato infracional - Tráfico de drogas - Recurso contra sentença que não impôs ao paciente medida socioeducativa de internação - Pretendida cassação da medida imposta, aplicando-se a internação - Cabimento - Recurso a que se dá provimento

VOTO

1 - Trata-se de apelação do Ministério Público visando à aplicação de medida socioeducativa de internação em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito capitulado no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/06 e a Procuradoria Geral de Justiça, em seu respeitável parecer, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2 - As razões recursais procedem.

Observe-se que não se trata de afastar a aplicação do preceito contido na Súmula 492 do STJ, à medida que referido preceito estabelece a imperiosa necessidade de considerar não apenas os atos infracionais praticados, mas as demais circunstâncias apontadas na sentença, que permearam a conduta infracional, bem como a proteção integral ao adolescente em conflito com a lei.

É certo que a imposição de medida de internação, no caso dos autos, encontra consonância com os princípios que regem a Justiça da Infância e da Juventude, quais sejam: proteção integral da criança e do adolescente e prioridade de atendimento.

Na hipótese, a infração praticada, equiparada ao tráfico de drogas, representa atualmente séria ameaça à sociedade e ao indivíduo, devendo ser firmemente combatida, uma vez que fonte de disseminação de outras infrações graves e ameaçadoras, tanto é assim que, na vigência da Lei nº 8.072/90,

posterior à edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal prática passou a qualificar-se como equiparada a crime hediondo.

Assim, não se mostra razoável, tampouco proporcional, interpretar-se de forma literal o disposto no artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, excluindo-se da abrangência da norma delito de extrema gravidade e que demanda pronta intervenção estatal.

Destarte, torna-se perfeitamente possível a aplicação deste regime aos adolescentes que praticam ato infracional assemelhado ao delito de tráfico de drogas.

A medida socioeducativa a ser imposta na origem encontra suporte na jurisprudência majoritária desta Colenda Câmara Especial **(Habeas Corpus nº 182.524-0/0, Relª. Desª. Maria Olívia Alves; Habeas Corpus nº 181.467-0/2, Rel. Des. Martins Pinto; Habeas Corpus nº 175.282-0/9, Rel. Des. Luiz Antonio Rodrigues da Silva, Julg. 27.04.2009; Habeas Corpus nº 174.278-0/3-00, Rel. Des. Paulo Alcides, Julg. 18.05.2009 e Habeas Corpus nº 164.183-0/1-00, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 28.07.2008)**.

Como já decidido, o tráfico de drogas *(...) é prática que pressupõe violência e grave ameaça a toda a coletividade, na medida em que vem disseminando o vício entre a população mais jovem e mais desprotegida da sociedade (...). De outra parte, não é possível conceber que a internação somente está autorizada quando ocorre violência direta à pessoa, pois chegaríamos à absurda conclusão de que o legislador considerou o tráfico de drogas menos grave do que uma lesão corporal leve ou uma ameaça, e que esta medida estaria então autorizada nestes últimos casos. Não foi esse o espírito da lei. O legislador quis restringir estas medidas às infrações de gravidade evidente, situação na qual se enquadra perfeitamente a prática de tráfico de drogas* (Habeas Corpus nº 183.562-0/8-00, Relª. Desª. Maria Olívia Alves).

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o paciente, necessitam de melhor orientação e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Além disso, será o paciente reavaliado e poderá reverter a medida se e quando demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, a decisão atacada é de ser reformada "**in totum**".

3 - **PELO MEU VOTO, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, APLICANDO-SE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E POR PRAZO INDETERMINADO.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 24.218)

A sentença recorrida julgou procedente a representação e submeteu o menor **L.A.P.** à medida de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo prazo inicial de 6 meses, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Contra essa decisão insurgiu-se o Ministério Público, postulando a aplicação da medida socioeducativa de internação, com base no artigo 122, inciso I, c.c. o artigo 112, § 1º, ambos do ECA. Sustenta o órgão ministerial que as circunstâncias do ato infracional associadas aos demais elementos de convicção trazidos aos autos, notadamente as informações do relatório interdisciplinar, revelam que o adolescente possui estreito vínculo com o tráfico de drogas e forte identificação com valores e modelos de condutas socialmente reprovados. Destaca, com base no relatório técnico, que a genitora apresenta dificuldades para impor limites ao jovem. Afirma que não há como ignorar a realidade de L., que confessou o tráfico de drogas e disse ser usuário de maconha e cocaína. Ressalta que o adolescente não apresentou qualquer condição de cumprir medida em meio aberto. Aduz que a primariedade do adolescente, por si só, não constitui óbice à aplicação da medida de internação, com a qual o jovem, ao vivenciar a segregação, ficará afastado do meio infracional, facilitando a intervenção técnica e possibilitando que ele venha a internalizar valores socialmente aceitos para que, ao final, possa reconhecer a inadequação de sua conduta e seu desvalor social. Expõe que o ECA comporta uma interpretação sistemática por não possuir natureza penal, não havendo como ignorar que o legislador, após o advento da lei minorista, conferiu ao tráfico de entorpecentes maior reprovabilidade social ao equipará-lo a crime hediondo. Conclui ser o tráfico ato infracional passível de aplicação de internação considerando que a medida está reservada para os atos de maior gravidade e desvalor social. Busca, portanto, que a sentença seja parcialmente reformada para se aplicar a medida socioeducativa de internação ao adolescente L. (folhas 73/80).

Acesso ao Sumário

O voto do E. Relator negou provimento ao apelo, entendendo que, além de não contar com outras incursões infracionais, L. possui crítica e arrependimento quanto à prática do ato, além de ter mostrado durante a internação provisória bom comportamento e de contar com respaldo familiar, ressaltando, ainda que a finalidade primordial da medida socioeducativa é protetiva, e não punitiva.

Penso, contudo, no esteio do inconformismo ministerial, que a medida socioeducativa de internação deve ser aplicada ao adolescente em face da desproporcionalidade entre a ação praticada e a resposta a ser dada pelo Estado, claramente insuficiente no caso da liberdade assistida cumulada com a prestação

de serviços à comunidade, considerando a gravidade da conduta perpetrada e, acima de tudo, as condições pessoais do adolescente.

A conduta retratada na inicial é séria.

Segundo a representação, no dia ..., por volta de ..., na Rua ..., esquina com a Rua ..., na Cidade de ..., L. guardava, para consumo de terceiros, 9 *eppendorfs* contendo cocaína, 35 porções de cocaína na forma de *crack* e 69 porções de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Relata a inicial que policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos quando viram o representado em atitude suspeita e os abordaram. Em revista pessoal, os policiais encontraram com o adolescente uma pochete contendo em seu interior a quantia de R$ 55,00. Indagado, L. disse que estava comercializando drogas, ocasião em que mostrou aos milicianos onde elas estavam escondidas, isto é, dentro de uma caixa de papelão, no meio do mato, juntamente com mais R$ 267,00 em dinheiro. Diante das circunstâncias, o adolescente foi encaminhado ao distrito policial.

Ouvido no distrito policial, o adolescente admitiu a prática dos fatos. Declarou que estava no local vendendo a droga que havia sido entregue por D.. Disse que vendeu somente nesta data e já havia comercializado cinco pinos de cocaína pelo valor de R$ 10,00 cada um. Alegou que ganharia R$ 50,00 pela venda das drogas. Falou que é viciado em cocaína e maconha. Contou que foi abordado por policiais militares, que encontraram o dinheiro com ele. Então, mostrou aos milicianos o local em que estavam as drogas (cocaína, *crack* e maconha) e o restante do dinheiro (folhas 8). Em oitiva informal perante o Representante do Ministério Público, conforme narra a representação, confirmou que estava traficando, mas que a droga encontrada pertencia a indivíduo de nome D., que conseguiu fugir. Depois que vendesse o equivalente a R$ 50,00, iria embora. Faltava apenas "um tubinho de farinha" para vender que não foi encontrado pelos policiais. Afirmou ainda que era a primeira vez que traficava. Disse que usa maconha, mas um cigarro rende de dois a três dias. Aduziu que não estuda há dois anos (folhas 2R/3R). Em juízo, confessou novamente o tráfico de drogas afirmando que foi convidado à prática do ato pelo adolescente D., que lhe ofereceu R$ 50,00 e conseguiu fugir. Declarou ser usuário de maconha e cocaína. Alegou que abandonou a escola em virtude de faltas (folhas 35).

S.E.T., mãe de L., disse que tem outros filhos de ..., ..., ... e ... anos de idade. Não sabia que ele era usuário de drogas. Afirmou que seu filho não foi processado anteriormente (folhas 35).

O policial militar M.P. contou que estavam em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas quando viram L. na companhia de dois indivíduos, que conseguiram fugir ao visualizarem a

Acesso ao Sumário

viatura. Em abordagem foi encontrado aproximadamente o valor de R$ 100,00. Indagado a respeito, o adolescente admitiu que a quantia era proveniente da venda de drogas. Questionado acerca da localização dos entorpecentes, ele indicou uma caixa próxima, onde foram encontradas as drogas e mais uma quantia em dinheiro. Narrou que L. mencionou que ficaria no local das 19h00 até a meia-noite e ganharia para isso R$ 50,00. Declarou que foi a primeira vez que encontrou o adolescente naquele local (folhas 65).

A prova colhida é clara e direta e autorizava a procedência da ação instaurada em desfavor do adolescente. Os entorpecentes e o numerário, sem comprovação satisfatória de origem, foram apreendidos em sua posse, e, mais, ele confessou na delegacia, em oitiva informal no Ministério Público e em juízo a prática do ato infracional equiparado ao tráfico.

Não bastasse isso, observo que os relatos do policial são coerentes, encontrando-se em sintonia com a confissão do representado, não havendo um único indício nos autos - nem houve prova a respeito - de que tenha agido de forma abusiva ou para consciente e injusto prejuízo do jovem.

A aplicação da medida socioeducativa de internação, dentro desse quadro, é adequada e mostra-se proporcional à gravidade dos fatos e ao desvio social do menor infrator.

A excepcionalidade e a necessidade da internação são patentes. O relatório inicial do diagnóstico, a propósito, relata que L. buscou o tráfico a fim de arrecadar recursos para adquirir uma motocicleta alegando o menor de idade que todos os adolescentes de seu bairro dirigem sem habilitação. Questionado quanto ao que o leva a se manter junto aos demais adolescentes que se comportam de forma contrária às orientações legais, L. expressa demonstrando-se surpreso dizendo "que todo mundo dirige sem carta". O relatório consigna que "a expressão nos leva a questionar o nível de amadurecimento de L., sua manutenção no grupo de pares sem reflexões quanto ao desdobramento de tais comportamentos, entre outros". Atesta ainda o relatório que "as palavras que utiliza refletem expressões oriundas do meio delitivo, uma indicação de permanência e convivência com demais adolescentes envolvidos na vida ilícita". Avalia que o menor fez experimentação de tabaco, cocaína e lança perfume, "permanecendo de forma mais constante o uso da maconha". Além disso, "quando da sua apreensão, o adolescente encontrava-se em situação de evasão escolar". De mais a mais, a genitora afirma que "tem problema de descontrole emocional não podendo passar por situações extremas que lhe coloquem nervosa, pois esta se descontrola", relatando "não utilizar os medicamentos de forma prescrita" (folhas 39/44), particularidades a evidenciar, mesmo, a necessidade da imposição da medida segregacionista, a despeito das alegações defensivas, em razão da inquestionável situação de risco em que L. se encontra.

Acesso ao Sumário

Essas particularidades demonstram que o adolescente não possui condições de recuperação sem a submissão à internação, como forma de fazê-lo compreender a inadequação de sua conduta e promover sua ressocialização. A aplicação de outra medida socioeducativa, no caso, mostrar-se-ia inócua. Não há se falar ainda em violação ao princípio da atualidade ou da imediatidade, uma vez que os fatos datam de abril de 2013.

De outro lado, o ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (este equiparado a crime hediondo por força do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90) é gravíssimo, e, embora muitos dos casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário não revelem atos de violência ou grave ameaça concreta, demonstram acentuada lesividade social, enquadrando-se na hipótese permissiva do artigo 122, inciso I, do ECA.

Referido dispositivo estabelece que a internação só poderá ser aplicada quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Ora, a atividade do traficante, que vende substância causadora de dependência séria, levando o usuário a condições deploráveis e até à morte, tem traços evidentes de violência e grave ameaça a pessoa. O tráfico, ademais, é atividade organizada, que faz girar quantias elevadas, cujo controle é disputado com extrema violência e gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários, todos sabem disso. E quem participa dessa cadeia, além de coadunar com tais atitudes, dela se beneficia. Até mesmo o traficante que é pego com pequena quantidade de droga gera temor nas pessoas. A meu ver, **é nítida a relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige**. Sem falar que quem trafica dissemina o mal e traz risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos do comércio espúrio. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é deveras perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família. Ademais, condutas como a do adolescente disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. De mais a mais, a gravidade concreta da infração pode e deve ser levada em conta quando da fixação da medida socioeducativa, conforme prevê o artigo 112, § 1º, do ECA. E quando do cometimento de uma infração, cujo crime correspondente é equiparado aos hediondos, parece clara a necessidade de aplicação da medida mais severa.

Ainda que fosse possível admitir que o tráfico é ato cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa - **e não é** - parece claro que o disposto no artigo 122, inciso I, não comporta interpretação rígida. Fosse assim, atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo (lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal) seriam suscetíveis de internação, enquanto o ato infracional equiparado ao tráfico (cujo tipo penal é equiparado aos crimes

Acesso ao Sumário

hediondos) não poderia ensejar a internação, em clara violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

A medida socioeducativa excepcional (internação), portanto, mostra-se adequada e necessária ao processo de reeducação do menor.

Meu voto, pois, **DÁ PROVIMENTO** ao recurso ministerial para aplicar a medida socioeducativa de internação.

PINHEIRO FRANCO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Criminal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001250-45.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE CENTRAL DA CAPITAL, é apelada EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6180)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 10 de março de 2014.

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Apelação - Ação Civil Pública visando à condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais difusos e coletivos, decorrentes da publicação de matéria ilustrada com desenhos pornográficos, em jornal de grande circulação nacional - Sentença de improcedência - Pleito de reversão do julgado, sob o fundamento de que o material veiculado pela ré, prejudicial ao desenvolvimento infantil e ao desenvolvimento da sexualidade, atingiu número significativo de crianças e adolescentes em todo o território nacional, acarretando, assim, dano moral coletivo - Impossibilidade - Preliminar de cerceamento de defesa afastada - Natureza do pedido que dispensa a demonstração de danos individualmente suportados - Ilicitude consistente na violação à regra inserta

Acesso ao Sumário

no art. 78 do ECA - Figura do dano moral coletivo que, não obstante o progressivo reconhecimento pela doutrina e jurisprudência pátrias, não resta caracterizada no caso em epígrafe - Configuração do dano extrapatrimonial que demanda avaliação objetiva e ofensa injustificável - Publicação isolada, em periódico dirigido ao público adulto - Princípio da proteção integral que reclama a participação conjunta da família, da sociedade e do Estado - Inteligência do art. 227 da Constituição Federal - Dano indenizável não verificado - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da r. sentença de fls. 253/255, que julgou improcedente a ação civil pública promovida em face da empresa jornalística Folha da Manhã S/A., buscando sua condenação à obrigação de indenizar supostos danos morais difusos e coletivos ocasionados pela veiculação, em seu jornal Folha de São Paulo, de desenhos que retratam cenas obscenas, inadequadas e impróprias para crianças.

Inconformado, apela o Órgão Ministerial, pleiteando a integral reforma do r. *decisum*. Preliminarmente, argui a ocorrência de cerceamento de defesa, devido ao julgamento antecipado da lide, sem que lhe fosse oportunizada a prova do dano moral difuso. No tocante ao mérito, alega em síntese: 1. Que restou incontroversa a violação ao disposto no art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 2. Que a apelada, ao publicar as ilustrações, praticou ilícito capaz de provocar dano moral a um universo incalculável de crianças e adolescentes, ultrapassando a esfera individual; 3. Que o dano moral coletivo vem sendo amplamente acolhido pela jurisprudência, sendo inegável o reconhecimento da proteção jurídica na esfera transindividual; 4. Que, embora configurada a infração administrativa do art. 257 do ECA, levando em consideração o bem jurídico atingido, optou por ajuizar ação civil pública, nos termos do art. 208, *caput* e § 1º do ECA. Apresenta prequestionamento da matéria.

Contrarrazões às fls. 280/303.

Nesta Instância, opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 311/320).

É o relatório.

Por proêmio, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

A ação em tela visa o reconhecimento da existência de danos

Acesso ao Sumário

morais coletivos, ocasionados por publicação considerada prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes em jornal editado e publicado pela apelada, e sua consequente condenação ao pagamento de indenização.

Como cediço, na seara do dano extrapatrimonial não há se falar na necessidade de comprovação de abalos individualmente sofridos, porquanto admitir tal possibilidade vai de encontro à própria natureza do instituto.

Por tal motivo, diversas críticas há, na doutrina, acerca da inadequação do nome "dano **moral** coletivo", haja vista que o dano moral reporta, necessariamente, a um sentimento de dor psíquica.

Xisto Tiago de Medeiros Neto, ao discorrer acerca do conceito de dano moral coletivo, bem pontua que "*adota-se, pela sua pertinência, o critério objetivo para a conceituação do dano moral coletivo, qual seja a observação direta de lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade, desvinculando-se, assim, a sua configuração da obrigatória presença e constatação de qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desapreço, de diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo etc.). Em outros termos, não há de se levar em conta, para se caracterizar a lesão à coletividade passível de reparação, a verificação necessária de qualquer 'abalo psicofísico' existente, muito embora possa vir a ser constatado este efeito na maioria das situações*." (Dano moral coletivo - 3. Ed. Ver., atual e ampl. - São Paulo: LTr, 2012, p. 168/169).

Na esteira de tal entendimento o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.269.494-MG, de relatoria da E. Ministra Eliana Calmon:

> "*O dano moral deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas (...)*"

Destarte, não há se falar na existência de nulidade processual por cerceamento de defesa.

No tocante ao mérito, conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, porém, nego-lhe provimento.

Versa, a presente ação civil pública, sobre matérias publicadas no jornal Folha de São Paulo, mais especificamente no caderno "Ilustrada", edição do dia 19 de junho de 2010, intituladas "O Sexo como ELE (não) é" e "Esse obscuro objeto de desejo", as quais continham ilustrações de caráter obsceno, consideradas, pela apelante, inadequadas e impróprias para crianças.

Da análise do exemplar acostado às fls. 27, depreende-se que as

reportagens, publicadas na capa e no interior do caderno, respectivamente, tratam do lançamento de uma coleção composta por revistas de histórias em quadrinhos pornográficas, desenhadas na década de 50 e narram como se deu o início das publicações do gênero no Brasil.

As matérias vêm ilustradas com alguns quadrinhos e com as capas dos quatro volumes da coleção, contendo desenhos que retratam cenas de nudez e sexo.

Não há como se afastar o cunho pornográfico das imagens em comento, característica que salta aos olhos mediante o simples exame do periódico.

Conveniente citar, acerca da definição de pornografia, trecho de voto do E. Des. Cunha Garcia, que bem aborda a questão:

> "*Pode-se, exemplificativamente, mensurar igual dificuldade na sua definição, como àquela que se refere ao significado de uma publicação obscena ou pornográfica, pois, tais conceitos, de ordem subjetiva, são definidos com fincas na moral de cada sociedade. No entanto, sempre oportuno, nesses casos de conceituação turva, o entendimento atribuído ao juiz Stewart que integrou a Suprema Corte dos EUA no caso Jacobelli v. Ohio, 1964: 'Eu não me proponho hoje a continuar tentando definir o tipo de material que, acredito, esta definição simples abrange; e talvez jamais eu conseguisse fazê-lo.' 'Mas sei o que é obscenidade quando a vejo.' (obra: 'Por Detrás da Suprema Corte', autores: Bob Woodward e Scott Armstrong, pág. 253, 2ª edição, ano: 1985, Ed. Saraiva)*" (Apelação nº 831.965-8, 1º TAC, j. 20.02.2002)

Nem se discuta a repercussão das matérias no tocante ao senso moral dos leitores. Houve os que externaram sentimento de repulsa e indignação, consoante a documentação acostada à peça exordial. É também certo que tenham escandalizado a tantos outros. Possivelmente há, ainda, os que pouca ou nenhuma relevância atribuíram à questão.

Da mesma forma, não cabe perquirir se alguma criança ou jovem efetivamente teve acesso às reportagens em questão e os possíveis desdobramentos daí provenientes.

Cumpre, no âmbito desta análise recursal, avaliar se houve ilicitude na conduta e, caso positivo, se do ilícito emergiu dano moral coletivo, como sustenta o Parquet.

As liberdades de informação, de expressão e de imprensa vêm reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 5º, incisos IV, V, IX e XIV e 220:

"Art. 5º. (...)

IV - é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

Acesso ao Sumário

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística."

Como é possível observar, referidos direitos podem ser analisados sob dois prismas: a liberdade conferida aos veículos de comunicação, dado o relevante papel desempenhado para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito, e o direito da sociedade de acesso à informação, que pode ser entendido como o direito do cidadão de ser informado sobre fatos de interesse público.

Nesse liame, especificamente quanto ao art. 220, vê-se que a Carta Magna conferiu tratamento especial à liberdade de imprensa, vedando qualquer forma de embaraço ao seu exercício, observado o disposto no art. 5º, incisos referidos no § 1º.

Luis Roberto Barroso trata com propriedade do tema:

"*(...) há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas 'inconvenientes', sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações - reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva - é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de*

Acesso ao Sumário

quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada preferred position *de que essas garantias gozam*." (Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa *in* Revista de Direito Administrativo, volume 235, Jan./Mar. 2004, p. 24/25).

É certo, porém, que, a despeito do tratamento privilegiado que receberam do constituinte, tais direitos não são absolutos, observando os limites impostos pela própria Lei Maior.

No âmbito do caso em tela, aludida liberdade encontra limite no princípio da proteção integral, estampado no artigo 227 da Constituição Federal e artigo 4º da Lei nº 8.069/90.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas à proteção integral, estabelece algumas regras para a compatibilização do exercício da liberdade de imprensa, à luz das garantias insculpidas nos referidos dispositivos.

Especificamente quanto a revistas e publicações destinadas ao público adulto, como é o caso dos autos, traz a obrigação constante do art. 78, que dispõe, *in verbis*:

> **"Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.**
>
> **Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca."**

Como se vê, não se trata de óbice à liberdade de imprensa, mas da imposição, aos veículos de comunicação, da observância de normas de conduta com o fito de resguardo dos superiores interesses das crianças e adolescentes.

Do que se depreende da análise dos autos, ante o nítido caráter pornográfico das ilustrações em questão, resta patente o descumprimento, por parte da apelada, do aludido dever legal, passível de apuração, mediante procedimento específico, da prática de eventual infração administrativa inserta no art. 257 do ECA.

Configurado, pois, o ilícito, cumpre verificar a existência de dano indenizável, nos moldes pleiteados pelo apelante.

Para o Órgão Ministerial, o alcance da publicação, hábil a atingir "*um universo indeterminável de crianças e adolescentes*" seria suficiente para a caracterização de um dano moral coletivo, matéria que se passará a avaliar.

No atual contexto, não há como negar a possibilidade de reparação dos danos morais coletivos, definidos por Carlos Alberto Bittar Filho, um dos precursores do tema no direito pátrio, como "*a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado*

Acesso ao Sumário

círculo de valores coletivos." (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Disponível em: http:// www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 11 fevereiro 2014).

A propósito, vale citar a doutrina de Anderson Schreiber:

"*Em sua continuada ampliação, a noção jurídica de dano não se limita, porém, a abranger a lesão a interesses existenciais ligados à pessoa humana. Novos horizontes se abrem no que tange aos interesses supraindividuais, especialmente em matérias como o direito ambiental e o direito do consumidor, encontrando-se em atual debate, inclusive, figuras mistas como o chamado dano moral coletivo. (...) Vê-se, assim, que, se, de um lado, a sociedade ampliou seu poder de causar danos, de outro, o direito contemporâneo, em sua saudável marcha rumo à proteção de novos interesses, alargou o próprio conceito jurídico de dano, resultando em uma expansão ainda maior das fronteiras da responsabilidade civil*." (O Futuro da Responsabilidade Civil: um Ensaio sobre as Tendências da Responsabilidade Civil Contemporânea *in* Responsabilidade civil contemporânea, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 720/721).

O C. Superior Tribunal de Justiça, que anteriormente afastava a ocorrência de tal modalidade de dano, vem admitindo sua existência, a exemplo do julgamento do REsp 1367923/RJ, cuja ementa ora se transcreve:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.
>
> 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
>
> 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.
>
> 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.
>
> 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido." (2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013).

Reiteradas também vem sendo as decisões deste E. Tribunal admitindo a possibilidade de sua configuração. Nesse sentido: Apelação Cível nº 139.525-

Acesso ao Sumário

0/5-00, Câmara Especial, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 11.07.2007; Apelação nº 570.835-4/8, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 25/06/2009; Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 26/04/2012; Apelação nº 0003989-52.2010.8.26.0361, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Virgilio de Oliveira Junior, j. 13/08/2012.

Entretanto, a despeito de tais considerações, do exame do caso em tela não é possível extrair elementos que apontem para a caracterização do dano moral coletivo.

Consoante já esclarecido quando da análise da preliminar arguida pelo apelante, o dano moral coletivo só se configura quando objetivamente associado à conduta. Poder-se-ia considerar que, nesses casos, o dano emerge claramente do próprio ilícito, sendo tão latente a lesão à esfera de direitos de uma determinada coletividade, que justificaria uma reparação a tal título.

Xisto Tiago de Medeiros Neto elenca os requisitos para a sua configuração:

"*(1) a conduta antijurídica ativa ou omissiva do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (grupo, categoria, classe de pessoas ou toda a comunidade); (3)* ***a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social;*** *(4) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso*." (grifamos) (Dano moral coletivo - 3. Ed. Ver., atual e ampl. - São Paulo: LTr, 2012, p. 168/169).

Carlos Alberto Bittar Filho, em sua já referida obra, também leciona que "*Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado,* ***foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico;*** *quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial*." (grifamos)

No caso em epígrafe, todavia, não é dado extrair, da ilicitude perpetrada pela apelada, consubstanciada em publicação isolada em caderno direcionado ao público adulto, cristalina e robusta lesão à esfera de proteção no âmbito da infância e juventude, a ponto de justificar a pretendida reparação de dano moral coletivo.

Nem mesmo o respeitável parecer técnico de fls. 145/146 tem o condão de afastar tal premissa. Basta verificar que as conclusões quanto aos abalos provocados não são afirmativas, limitando-se ao campo da probabilidade ("podem configurar", "podem repercutir negativamente").

A própria pretensão do apelante, no tocante à produção de provas do dano, confirma tal conclusão, porquanto denota a ausência de objetividade do

Acesso ao Sumário

caráter efetivamente danoso da publicação.

Demais disso, não se pode ignorar que os jornais diários, dada a sua destinação, contém inúmeras matérias que, em um crivo subjetivo, podem ser consideradas inapropriadas ou inadequadas ao público infanto-juvenil, a exemplo de reportagens retratando crimes e catástrofes, corriqueiramente publicadas. De se extrair, então, que a responsabilidade pela proteção à integridade psíquica das crianças e adolescentes recai, também, sobre os genitores, educadores e a sociedade em geral, a quem compete filtrar o conteúdo, limitando o acesso.

Tanto é assim que várias das respostas aos ofícios encaminhados pelo apelante às instituições de ensino, apontam que o acesso ao jornal se dá sob supervisão de bibliotecários e professores ou, ainda, é restrito às atividades pedagógicas desenvolvidas, observada a faixa etária dos alunos.

Nesse sentido, explicam Rossato, Lépore e Sanches que "*Em verdade, o art. 227 representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração (...)*" (Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo, 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 74)

Mutatis mutandis, apropriadas as ponderações do E. Des. José Habice, em voto proferido em julgamento de Embargos Infringentes opostos em Ação Civil Pública pleiteando condenação congênere:

> "*Nesse sentido, acertadas as ponderações do Magistrado, reiteradas pelo d. voto vencido (fls. 3697/3698), tendo em vista que a moralidade administrativa, ali invocada, não se confunde com o conceito de dano moral coletivo ou difuso: se toda a ofensa à moralidade administrativa trouxesse em seu bojo obrigação de reparação do dano material sofrido pela comunidade, essa reparação perderia o seu caráter satisfativo, dissuasório e de exemplaridade*." (Embargos Infringentes nº 518.262.5/9-02).

Acesso ao Sumário

É o que ocorre, *in casu*. A conduta isolada de inobservância do disposto do art. 78 da Lei nº 8.069/90, a despeito de sua reprovabilidade e da relevância do direito tutelado, não pode ser entendida como hábil a ocasionar lesão injustificável à coletividade protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pena de banalização do instituto do dano moral coletivo, o que constituiria perigoso precedente.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0000017-09.2010.8.26.0512/50000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é agravante SECRETÁRIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE RIO GRANDE DA SERRA, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE RIO GRANDE DA SERRA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.954)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 17 de março de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Agravo Interno.

Apelação Cível. Mandado de Segurança.

Insurgência manifestada contra o não provimento de apelo por decisão monocrática que manteve sentença concessiva de segurança - Matrícula de menores no 1º ano do ensino fundamental - Não prevalência do critério etário - Necessidade de assegurar aos menores o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a sua capacidade, que deve ser analisada de forma individual, e não aferida única e exclusivamente pela idade cronológica - Decisão que enfrentou o recurso em amplitude e profundidade - Decisão mantida.

Multa cominatória em *mandamus* em face da Fazenda Pública - Inaplicabilidade do artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente, pelo eventual descumprimento, cujo comando executivo é pessoal - *Astreintes* afastadas - Vencido.

***Astreintes* fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da maioria da Turma**

Acesso ao Sumário

Julgadora.

Nega-se provimento ao recurso, vencido, em parte, o relator.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto (fl. 513/522), na forma do artigo 557, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, voltado à reforma da decisão, que negou seguimento ao recurso voluntário interposto e à remessa oficial, desprovendo-os de plano (fl. 501/509).

Sustenta-se, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores do julgamento monocrático e a necessidade de reforma da decisão, uma vez que não se pode aplicar a teoria do fato consumado e porque foram observadas as disposições emanadas pela Secretaria da Educação, além de alegar a impossibilidade de aplicação da multa cominatória.

Pede-se, pois, o provimento do presente agravo, a fim de que a apelação tenha regular processamento, conhecimento, apreciação e julgamento pela E. Câmara Especial, ao final dando-se a ela provimento para julgar improcedente a demanda.

2. A decisão recorrida, ora mantida, é do seguinte teor:

"Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 390/394, a qual julgou procedente pretensão deduzida em mandado de segurança, para permitir que os estudantes que cursaram o Pré II em 2009 ingressem na primeira série do ensino fundamental, independentemente da idade, o mesmo se aplicando aos estudantes do Pré I para ingressar no Pré II, facultando-se em ambos os casos apenas ao responsável legal do estudante optar pela repetição do nível já cursado.

A Secretária Municipal de Educação e Cultura do Município de Rio Grande da Serra, em seu recurso (fls. 405/414), preliminarmente, alega a perda superveniente do interesse processual, diante da edição da Resolução CNE 01/2010.

No mérito, argui quanto à impropriedade da estipulação de multa cominatória para eventual inadimplemento da decisão liminar e que está agindo de acordo com a Deliberação CEE nº 73/2008, de modo que o critério para ingresso no ensino fundamental está adstrito a todas as crianças a partir dos 6 anos de idade, completados até 30 de junho de 2010 e cinco anos para o Pré II.

Processado, o recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 415) e contrariado (fls. 419/439), mantendo-se a r. sentença (fls. 440).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do improvimento do recurso (fls. 474/483, reiterado fls. 499).

Os autos foram redistribuídos a esta relatoria, por voto proferido

pelo Exmo. Des. Reinaldo Miluzzi, atribuindo a competência a esta C. Câmara Especial (fls. 489/494).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença hostilizada.

É o caso de reexame necessário.

Assim, conheço dos recursos interpostos.

Mas o contexto autoriza o desprovimento deles pela via monocrática, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Aliás, é ao ensejo deste mandamento que se rejeita qualquer reparo à r. sentença desafiada, mesmo porque este Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive por esta Colenda Câmara Especial, e, ainda, nossas Cortes Superiores, já consolidaram jurisprudência referente à pretensão recursal.

O objeto do litígio fulcra-se em assegurar aos alunos da rede municipal, que concluíram, no ano de 2009, os níveis I - primeira fase da pré-escola (38 crianças) e II - última fase da pré-escola (159 crianças), a progressão aos respectivos anos subsequentes, apesar de não terem atingido a idade mínima exigida pelo Município.

Preliminarmente, não há que cogitar-se de falta de interesse processual, nos termos como sustentado pela Municipalidade.

Destaque-se o Parecer exarado pelo Douto Procurador de Justiça, Paulo Afonso Garrido de Paula: '*... o teor da Resolução CNE nº 01/2010 (fls. 107), ao possibilitar,* ***excepcionalmente****, apenas o acesso ao 1º ano do ensino fundamental àquelas crianças que frequentaram por mais de dois anos a pré-escola, não atende por completo o pleito, porquanto não contempla os estudantes do Pré I que pretendem ingressar no Pré II e impõem condição de acesso à primeira série aos estudantes que cursaram o Pré II, não havendo que se falar em carência superveniente*' (fls. 475/476).

A liminar foi indeferida no agravo de instrumento (fls. 445/447).

Aliás, constitui corolário lógico da frequência e aproveitamento regular dos infantes nas fases do Pré I e Pré II da educação infantil, no ano letivo de 2009, a pretensão às suas matrículas nos níveis subsequentes.

Cumpre destacar que a decisão proferida diz respeito àqueles alunos que foram aprovados. E somente não progrediram devido a não terem atingido a idade exigida pelo Município, facultando-se apenas ao responsável legal do estudante optar pela repetição do nível cursado.

Injustificável se revela, sem qualquer ressalva ao aproveitamento dos menores na fase escolar antecedente, obrigá-los a cursarem novamente o mesmo estágio educacional, sem a possibilidade de evoluírem para o nível subsequente da educação infantil, exclusivamente por conta de suas idades, o que caracteriza um retrocesso.

A postura assim assumida, a despeito de escorada em deliberação do Conselho Estadual de Educação, colide frontalmente com o preceito

Acesso ao Sumário

constitucional mercê do qual se assegura o acesso aos diversos níveis de educação, a depender exclusivamente da capacidade de cada um (CF, art. 208, inciso V), não havendo espaço para o estabelecimento de restrições outras, por ato normativo hierarquicamente inferior, com fundamento exclusivo no critério etário.

Vale dizer, a capacidade mencionada pelo legislador constitucional, repisada pelo art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não comporta aferição com base, exclusivamente, na idade cronológica do indivíduo.

Nesse sentido dá-se o pronunciamento do E. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 753.565-MS, Rel. Min. Luiz Fux, de cuja ementa se extrai: 'a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica'.

Destaco, por relevante, expressiva passagem do relatório do aresto referido, ao citar a manifestação do Ministério Público Estadual do Mato Grosso, em contrariedade ao recurso, nos seguintes termos:

'*Com efeito, é inegável que o critério cronológico (idade da criança) é uma forma de se mensurar a capacidade intelectual de alguém, todavia, não é a única forma, muito menos deverá ser analisada isoladamente, sob pena de se tornar letra morta o princípio da isonomia contemplado na Constituição Federal e pilar do Estado de Direito.*

O que a Constituição garante e até mesmo impõe como cânone supremo não é a discriminação dos alunos em razão da idade mínima, mas sim o direito de todos à educação sendo dever do Estado garantir esse acesso (art. 205) segundo a capacidade de cada um (art. 208, inciso V), violando a isonomia qualquer ato que afronte estas premissas'.

É salutar destacar-se o posicionamento desta C. Câmara Especial acerca da 'inexistência de limitação constitucional relativamente à idade para a criança ingressar nos diferentes níveis da educação infantil' (Ap. nº 2000533-91.2012.8.26.0037, j. 15.10.2012, v.u.; Ap. nº 0001837-67.2012.8.26.0003, j. 15.10.2012, v.u. e Ap. nº 0023950-04.2011.8.26.0309, j. 06.08.2012, v.u., todos do relator Roberto Solimene).

Digna de registro, também, é a ementa e parte dos fundamentos expostos no v. acórdão relativo ao Reexame Necessário nº 178.828-0/3-00, Relatora Desª. Maria Olívia Alves, j. 27/07/2009, desta C. Câmara Especial:

'REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - Sentença que obriga Município, por meio de diretoria escolar, a matricular criança, ainda fora do limite de idade mínimo instituído em Lei Municipal, em unidade de ensino infantil - Cabimento - Direito Fundamental, líquido e certo - Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54

Acesso ao Sumário

do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República e da discricionariedade administrativa - Necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - Obrigações constitucionais que não se inserem na discricionariedade administrativa - Normas constitucionais de eficácia plena - Direito universal que não pode ser condicionado, segundo critérios do administrador ou limitado legislação infraconstitucional, que prejudica o direito da criança - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido - Manutenção da sentença.'

(...)

'..., o fato de Lei Municipal estabelecer o limite para a realização da matrícula das crianças no Nível I, a partir dos quatro anos, completos até 31 de março do respectivo ano letivo, não pode constituir óbice ao acesso da criança Gustavo à referida etapa educacional, pois, como ele alega, já havia cursado o período antecedente (maternal), no ano de 2008 (fls. 03) e não se mostra razoável que, por uma limitação de idade, estabelecida pela legislação infraconstitucional, ele tenha seu direito à progressão de ensino tolhido.

Aliás, o critério de idade para acesso às diferentes etapas da educação foi escolhido pelo legislador, de forma objetiva, com o intuito de poder assegurar o acesso universal das crianças à educação. Mas tal legislação estabelece uma presunção relativa de que determinada faixa de idade torne a criança mais apta ou não para acompanhamento do ensino que lhe vai ser oferecido. Isso não significa, no entanto, que, em função da idade, a criança não possa ter aptidão para frequentar uma etapa de ensino em um nível superior.

Além disso, neste caso, o direito líquido e certo do impetrante não é o de obter a matrícula em série superior àquela prevista para sua idade, mas sim agora de não ver interrompida a evolução dos seus estudos, para os quais revelou efetiva aptidão.'

E ainda, em destaque:

'MENOR - Mandado de Segurança - Recurso oficial - Ato da Diretora da Escola Municipal que negou matrícula da menor no primeiro ano do ensino fundamental, em decorrência da inadequação da faixa etária - Prejuízo irreparável visto que a criança mostrava-se capacitada para o início do ensino fundamental e já estava prestes a completar os seis anos de idade, exigidos pela lei. Ademais, houve revogação administrativa da medida atacada - Segurança concedida - Sentença mantida - Recurso oficial improvido.'[1]

'Prestação de serviço educacional. Entidade que impõe à criança

Acesso ao Sumário

1 Reexame necessário 149.209.0/1-00, Tanabi, relator o desembargador Luiz Carlos Ribeiro dos Santos, julgamento em 24 de setembro de 2007.

cursar novamente a mesma série fundada no fato de existir norma quanto à faixa etária das crianças para freqüência a determinados cursos. Decisão que antecipa a tutela e obriga a instituição de ensino a proceder matrícula de aluno apto na fase escolar subseqüente. Manutenção. A antecipação de tutela era mesmo necessária e recomendável diante da irreversibilidade da medida acaso concedida a tutela somente ao final, posto que o tempo despendido até a efetiva entrega da prestação jurisdicional poderia tornar inócua a pretensão do autor, ora agravado. Ademais, em sede de "summaria cognitio", revelava-se plausível e com forte grau de verdade as alegações do recorrido, não sendo razoável, em princípio, impor compulsoriamente a aluno, com avaliação de desempenho positivo, repetir a mesma fase pré-escolar que cursou. Recurso desprovido.'

Também é de destaque, *mutatis mutandis*, trecho de aresto do pretório excelso, assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 127 DA CF/88. ART. 7º DA LEI 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". PRECEITO CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é indisponível, em função do bem comum, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. Menores de seis anos incompletos têm direito, com base em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA (Lei 8.069/90), ao ensino fundamental.

(...)

6. Recurso Especial provido.'[2]

Não se olvide, ainda, da circunstância de figurar como uma das diretrizes do planejamento escolar a continuidade de estudos dos alunos já matriculados, a pressupor, ressalvada hipótese justificada de baixo aproveitamento, o direito à evolução para o estágio subsequente do ensino.

Tem-se, pois, na recusa da apelante em promover a matrícula dos menores nas fases subsequentes do Pré I e Pré II, ato manifestamente ilegal e abusivo, passível de correção por esta via mandamental, posto forçado aquele, por via transversa, a ver sobrestada a evolução do aprendizado dos menores, o que caracteriza um retrocesso.

Acesso ao Sumário

2 Recurso Especial 1189082/SP, relator o ministro Herman Benjamin da Segunda Turma, julgamento em 02 de dezembro de 2010.

Cumpre destacar, novamente, manifestação exarada pelo digno representante do Ministério Público, '*... não é razoável supor que o desiderato de efetivo gozo do direito fundamental à educação pelas crianças, inferido do artigo 208, inciso I, da Constituição Federal e artigo 5º da Lei 9394/96, bem como o de "pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho" (ECA, art. 53, "caput"), possam ser alcançados com a* ***imposição às crianças de cursarem novamente o estágio anterior, mesmo que tenham sido declaradas aptas à evolução educacional****. Muito pelo contrário, a conduta do Apelante, impediente das crianças darem continuidade regular aos seus estudos, importa, verdadeiro "****retrocesso social****", incompatível com o direito social adquirido pelas crianças que concluírem a pré-escola I e as que finalizaram a pré-escola II*' (fls. 482).

Para rematar, não procede a irresignação do **Município de Rio Grande da Serra** em relação à multa cominatória.

De certo, uma vez admitida a possibilidade de se condenar o Poder Público à obrigação de fazer ou de não fazer, a sua sujeição ao sistema de multa cominatória é mero efeito: a sanção pecuniária surge como providência útil a possibilitar o cumprimento específico da obrigação imposta.

Os Tribunais Superiores vêm, seguidamente, autorizando a aplicação de multa, em caso de descumprimento de ordem judicial, mesmo em se tratando de Fazenda Pública, levando-se em conta não ser possível admitir-se possa ente público negligenciar perante decisão, sentença ou acórdão, cumprindo-o quando e na forma que bem entender, em total desrespeito.

Sobre esse aspecto o E. Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

'PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESCUMPRIMENTO - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento já consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, nas obrigações de fazer, é permitido ao Juízo da execução a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

2. Precedentes (REsp. nº 189.108/SP, 279.475/SP e 418.725/SP).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido'. (REsp. 341.499/SP - Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Portanto, a multa imposta em caso de descumprimento da obrigação não é ilegal, e o valor arbitrado mostra-se razoável, devendo ser mantida.

A hipótese da teoria do fato consumado aqui mostra-se útil, porque

Acesso ao Sumário

a situação estabilizou-se há mais de três anos, beneficiados que foram os menores com a concessão da medida liminar em janeiro de 2010 (fls. 49) e que se tornou definitiva pela sentença prolatada em 15.04.2010 (fls. 390/394).

Logo, por todos os ângulos de análise expostos, a pretensão recursal não tem como ser acolhida.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos recursos voluntário e oficial, este último tido por ocorrido."

O artigo 557 do Código de Processo Civil não afronta o princípio do "duplo grau de jurisdição".

A decisão monocrática é proveniente do segundo grau de jurisdição e, de todo modo, tal princípio não é absoluto e deve se coadunar com as demais garantias processuais constitucionais, em especial com o direito à prestação jurisdicional em tempo razoável, incompatível com a insistência em se discutir matérias que já encontraram, de há muito, pacificação judicial.

Tampouco ficou superado o artigo 557 do Código de Processo Civil pela alteração do artigo 555 do mesmo *codex*, já que naquele insculpiu-se autêntico poder-dever conferido ao relator de um recurso, quando evidente a inutilidade da procrastinação discursiva do feito, por força e razão de teses já superadas por um entendimento majoritário.

E os requisitos legais autorizadores do julgamento nessa forma estão presentes, diante da jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal e dos Egrégios Tribunais Superiores, exaustivamente citada no corpo da decisão hostilizada.

À título de ilustração, conforme adverte Hely Lopes Meirelles ('Mandado de Segurança', 15ª Edição, Editora Malheiros, atualizada por Arnold Wald, pág. 25/26), **"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.**

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança".

Para Celso Agrícola Barbi, **"enquanto para as ações em geral, a**

primeira condição para sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança" ('Do Mandado de Segurança', 6ª Edição, Forense, 1993, pág. 5).

Prossegue o autor: **"Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é a mais adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos"** (op. cit. pág. 61).

Ocorre que o indeferimento de matrícula, fundado tão somente na idade cronológica, acarretará aos menores indiscutíveis danos, pois não poderão progredir em seus estudos. Esse avanço somente poderia ser obstado com a comprovação de sua inaptidão, o que inocorreu no caso em testilha.

Por todas essas considerações, a argumentação contida na decisão recorrida é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pelo agravante, neste recurso, não a debilitaram, impondo sua manutenção, mormente considerando que se está diante de uma situação já consolidada.

Da multa.

Não se discute aqui a possibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública e nem se questiona sua natureza de instrumento processual de coerção indireta, apto a compelir o destinatário a cumprir a ordem judicial e, assim, de inegável importância na busca da efetividade do processo e concretização da vontade do Estado-juiz.

Também está fora de questão a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às normas que regem o mandado de segurança.

No entanto, a aplicação subsidiária dos artigos 461, §§ 4º a 6º e 461-A, do Código de Processo Civil não se mostra possível, uma vez que o destinatário da ordem mandamental é a autoridade coatora, pessoa física, e não a pessoa jurídica de direito público a que aquela pertence, de modo que quem deve ser responsabilizado pelo descumprimento é direta e pessoalmente a autoridade.

Esse já era o entendimento predominante no regime jurídico anterior, da Lei nº 1.533/51, o que somente foi reforçado diante dos termos da vigente Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e que, preenchendo lacuna existente, de forma expressa, criminalizou a conduta consistente em deixar de cumprir ordens judiciais proferidas em mandados de

Acesso ao Sumário

segurança:

> **Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.**

Assim sendo, houve opção legislativa acerca das consequências para o descumprimento de ordem judicial decorrente de mandado de segurança, e a opção foi pelo crime de desobediência, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário a respeito.

E quem cometerá o crime de desobediência será a autoridade apontada como coatora e a quem foi dirigida a ordem descumprida, ou seja, trata-se de responsabilidade pessoal, incompatível, na hipótese, com a fixação de multa coercitiva a ser arcada pelo erário público.

Nesse sentido:

> **Fornecimento de medicamento - Mandado de segurança - Indeferimento da liminar - Direito à saúde garantido pela Constituição Federal (art. 196) - Dever dos componentes do Estado Federal de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício desse direito, inclusive com fornecimento de medicamentos - Recurso provido - Fornecimento de medicamento - Mandado de segurança - Busca de imposição de multa diária - 'Astreinte' por eventual inadimplemento - Fazenda Pública - Descabimento - Impertinência em ação mandamental - Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2043803-48.2013.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 28/11/2013).**
>
> **MULTA COMINATÓRIA. Em mandado de segurança responde a autoridade pessoalmente, inclusive na esfera criminal, pelo descumprimento de ordem judicial, daí não se falar em aplicação de astreinte. Decisão reformada. Recurso parcialmente conhecido e provido, com observação, na parte conhecida (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2066049-38.2013.8.26.0000, Rel. Coimbra Schmidt, j. 24/01/2014).**

Acesso ao Sumário

Enfim, devem ser afastadas as *astreintes*, porque absolutamente impertinentes na hipótese do *mandamus*, pelo simples fato de que o eventual descumprimento da ordem mandamental da espécie não comporta aplicação do disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente,

pelo eventual descumprimento, razão pela qual não há falar em sanção cominatória no *mandamus*, vez que o comando executivo é pessoal.

Vencido, em parte, este relator.

Astreintes fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1350966/PE) e da maioria da Turma Julgadora (Agravo Regimental nº 2004413-71.2013.8.26.0000/50000; Apelação/Reexame Necessário nº 0003828-55.2013.8.26.0161 e Apelação nº 0000902-76.2012.8.26.0019).

3. À vista do exposto, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto, vencido no tocante às *astreintes*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0000864-41.2013.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que são apelantes MUNICÍPIO DE SÃO CAETANO DO SUL e JUÍZO EX OFFICIO, é apelado G.R.H. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário, apenas para reduzir o valor da multa diária para R$ 200,00 (duzentos reais), em caso de descumprimento, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6124)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO - Sentença em ação de obrigação de fazer, que impõe à Municipalidade o fornecimento do medicamento denominado "Ritalina LA 30mg", à criança portadora de transtorno do déficit de atenção e hiperatividade - Preliminar de nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa - Inocorrência - Ausência de impugnação específica do ente público - Prova exclusivamente documental - Alegação de falta de interesse de agir - Inadmissibilidade - Desnecessidade do esgotamento das vias administrativas - Discricionariedade do

Acesso ao Sumário

Juiz na aferição da instrução probatória - Direito da criança à saúde que encontra fundamento nos artigos 6º, 196, 227, caput e § 1º, todos da Constituição Federal, combinados com o artigo 4º, 7º e 11, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes - Recursos aos quais se dá parcial provimento, apenas para diminuir o montante da multa fixada, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença tal como lançada.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo **Município de São Caetano do Sul** em face da r. sentença de fls.79/96, proferida pelo MM. Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por **G.R.H.**, representado por sua genitora, por meio da qual foi acolhido o pedido da infante, portadora de hidrocefalia, determinando-se o fornecimento do medicamento denominado "Ritalina RA 30mg", conforme prescrição médica, sob pena de pagamento de multa diária no valor equivalente a dez salários mínimos. O pedido viera fundado na alegação de que se trata de medicação que ostenta alto custo, não possuindo o autor e sua família condições econômicas para arcar com o custeio.

Inconformado, apela o Município de Itu, pleiteando, preliminarmente, a anulação da r. sentença, por cerceamento de defesa, porquanto não lhe fora conferida oportunidade quanto à prova atinente à necessidade da medicação e à possibilidade de substituição por fármaco fornecido pela rede pública. Alega falta de interesse de agir, vez que fornece o medicamento (por meio do Programa de Medicamentos Excepcionais de Alto Custo) e não fora demonstrada a falta de atendimento por parte da administração pública (exaurimento da via administrativa). No mérito, alega, em síntese, que não foram comprovadas a imprescindibilidade da medicação e a impossibilidade de substituição. Aduz que está adstrito ao fornecimento dos medicamentos e programas estabelecidos pelo Sistema Único de Saúde, em observância a Lei de Responsabilidade Fiscal. Argumenta que o acolhimento do pedido afronta os princípios da legalidade, da igualdade e da universalidade, privilegiando interesses individuais em detrimento aos da coletividade. Afirma que compete a administração pública estabelecer os critérios quanto ao atendimento que será oferecido à população, dispondo acerca das prioridades. Por fim, sustenta ser incabível a fixação de multa em face da Fazenda Pública e que o valor arbitrado é exorbitante, requerendo a exclusão (fls.104/113).

Recebido o recurso, não foram apresentadas contrarrazões (fls.115) e a

Acesso ao Sumário

ilustre Promotora de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls.116/120).

Nesta Instância, manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso interposto (fls.124/127).

Há reexame necessário, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

É o Relatório.

Conheço dos recursos, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não prospera o alegado cerceamento de defesa e necessidade de dilação probatória ampla, porquanto, comprovada a imprescindibilidade do medicamento e impossibilidade de substituição por medicação genérica, com a juntada aos autos do relatório e da prescrição médica subscritos por profissional da rede municipal de saúde (fls.68/69).

Ademais, no que concerne à inexistência de prova da negativa quanto ao fornecimento, observo que não é condição para o pleito judicial o esgotamento das vias administrativas, consoante entendimento pacificado. Nesse sentido posicionou-se o C. STJ:

> **"Apresenta-se clara a existência do interesse em agir, de vez que desnecessário o prévio requerimento na via administrativa para ensejar o ingresso na via judiciária."** (REsp 270.518/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Quinta Turma, unânime, DJU 02.12.02, p. 331).

Porquanto, importante salientar que a negativa restou incontroversa, segundo se extrai das informações do próprio apelante.

Tem-se, ainda, que os elementos constantes do processo mostram-se suficientes para o julgamento do feito. Porquanto, a documentação juntada permite o exame da matéria posta na inicial, sem necessidade de dilação probatória ampla.

Assim entende nosso E. Tribunal:

> **Cerceamento Defensório. Inocorrência. Julgamento antecipado da lide que se mostrou adequado para o caso em tela diante da farta documentação encartada aos autos, não havendo prejuízo probatório. Preliminar repelida.** (Apelação nº 0345995-51.2009.8.26.0000, Rel. JOÃO BATISTA VILHENA, j. 05/06/2012, v.u.);

Apreciando caso análogo, o eminente Des. ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO expôs recentemente:

> **"(...) O julgamento antecipado da lide não importou em cerceamento de defesa e era de rigor, precisamente para evitar dilações indevidas e assegurar a razoável duração do processo. Colhem-se nos autos informações de que a família do adolescente tem poucos recursos**

Acesso ao Sumário

financeiros, tanto que recebe o chamado 'bolsa família' (fls. 17), ao passo que o adolescente sempre frequentou escolas públicas. Destarte, não havia necessidade de produzir outras provas, em especial aquelas mencionadas nas razões de apelação." (Apelação/Reexame Necessário nº 0005086-47.2011.8.26.0363, j. 23/07/2012, v.u.).

No que se refere à realização de prova técnica (para comprovação de necessidade do infante em receber a medicação), a avaliação mostra-se desnecessária, vez que a pretensão foi amparada em prescrição e laudo médico, não nos cabendo julgar a indicação de profissional especializado e habilitado.

Ademais, não há como tratar de forma genérica a aplicação do direito fundamental à saúde. Cada caso merece atuação pessoal e individualizada, segundo histórico da doença que acomete a pessoa. Já se decidiu que o tratamento médico **"deve ser individualizado, segundo as necessidades do paciente, não se podendo negar tratamento sob o argumento de não ter sido autorizado pelo Ministério da Saúde"** (Reexame Necessário nº 0008337-33.2011.8.26.0053, Rel. CARVALHO VIANA, j. 23/05/2012, v.u.).

Assim, não há respaldo para obstar o fornecimento do medicamento, sob a alegação de que o produto não integra a lista padronizada do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que, consoante diagnóstico médico, especialista na matéria, o produto prescrito é mais eficiente e adequado ao tratamento do infante do que aqueles disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Foge ao razoável impor a qualquer pessoa uso de fármaco diverso daquele que lhe foi prescrito por médico. Nesse passo, impõe-se considerar que a lista padronizada pelo Sistema Único de Saúde - SUS apresenta rol meramente exemplificativo quanto aos medicamentos e insumos, pena de negativa absoluta do direito fundamental à vida.

Dispõe o artigo 196 da Constituição Federal:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Acrescenta o legislador, no artigo 197 da Constituição da República, que os serviços e ações de saúde são de relevância pública.

Tratando de forma específica dos deveres da sociedade e do Estado para com a criança e o adolescente, o artigo 227 da Constituição Federal, concede-lhes prioridade absoluta, estabelecendo que:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade...".

Acesso ao Sumário

O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º.) contempla disposição idêntica à do texto constitucional, acerca da prioridade absoluta da criança e do adolescente na **"efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação"**, entre outros.

No mesmo diapasão, ainda, prescreve o referido Estatuto, em seu artigo 7º, que **"a criança e o adolescente, têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a concretização de políticas sociais públicas que lhes permitam o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência"**.

A responsabilidade do recorrente exsurge clara no artigo 11, parágrafo 2º, da Lei 8.069/90, que assegura à criança e ao adolescente o atendimento integral à saúde, **"por intermédio do Sistema Único de Saúde, fornecendo gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento, habilitação ou reabilitação"**.

Assim, não se põe em dúvida o dever da recorrente de zelar pela saúde pública, proporcionando não só a criança e ao adolescente, mas a todos uma vida digna.

A obrigação atinente à preservação da saúde abrange atendimento e equipamentos hospitalares, bem como, recursos necessários à preservação e recuperação da saúde, o que inclui medicamentos e outros insumos.

Discorrendo sobre o tema, o professor Élson Gonçalves de Oliveira salienta que:

> **"(...) de acordo com o art. 198, da CF, o sistema único de saúde integra-se a uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, e se constitui no meio pelo qual o poder público cumpre a sua obrigação na relação jurídica de saúde, mediante atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais"** (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Campinas edição ano de 2011, página 37).

Nem se alegue a interferência do Poder Judiciário em matéria de competência do Poder Executivo, pois a pretensão é a de que se cumpra o mandamento constitucional do Estado de prestar atendimento à saúde (art. 196 CF), incluindo-se, nessa obrigação, o fornecimento de medicamentos àqueles que não têm condições financeiras para a aquisição, daí a necessidade do provimento jurisdicional, nas hipóteses em que a obrigação não é cumprida espontaneamente.

A matéria encontra-se sumulada pelo E. Tribunal de Justiça, na seguinte conformidade:

> **"Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais**

Acesso ao Sumário

que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes."

Outrossim, não socorre o Município a alegação atinente à limitação orçamentária, porquanto, nada impedirá que se procedam as possíveis compensações quanto ao eventual responsável (circunstância que, inclusive, refoge ao âmbito desta ação). Ademais, o direito fundamental aqui disposto deve ser garantido com absoluta prioridade, a despeito de qualquer espécie de limitação orçamentária.

Não há como acolher os argumentos atinentes à restrição orçamentária e de prejuízo ao acesso igualitário e universal. A determinação constante dos autos visa, justamente, garantir iguais condições de sobrevivência e desenvolvimento à criança hipossuficiente.

Ademais, não pode o Estado escusar-se de cumprir dever constitucional valendo-se de tais justificativas, ou, ainda, sob o manto da discricionariedade da administração ou da ausência de recursos orçamentários.

É o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas." (STF - Agr. Reg. no RE nº 393.175-0/RS - Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 12.12.2006, p. 1.529).

Tem-se, ainda, que objetiva a presente medida, tão somente, o fornecimento de medicamento que, segundo médico especialista na matéria, mostra-se mais eficiente e adequado ao tratamento do menor, bem como, não há possibilidade de substituição por medicação genérica (porquanto não obtivera os mesmos resultados com os anteriormente prescritos), devendo ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Acesso ao Sumário

O direito à vida, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, norma de eficácia imediata, prescinde de lei regulamentadora, daí que é de todo relevante que o medicamento que conste de programa do sistema de saúde, seja fornecido com rapidez, para que o tratamento prescrito tenha eficácia.

Ademais, é certo que não se pode negar à criança tratamento adequado e eficaz, de acordo com a evolução da ciência médica, sob pena de inaplicabilidade das previsões das normas constitucionais, quanto ao direito à vida e à saúde.

A criança comprovou ser portadora de transtorno do déficit de atenção e hiperatividade, pelo que, necessita do produto indicado (visando à obtenção de melhores resultados), imprescindível para a manutenção de uma vida digna e para o alcance de êxito na evolução do quadro clínico apresentado.

É possível presumir a hipossuficiência econômica afirmada pelo apelado (visto que a matéria não foi objeto de contraprova, ônus que incumbia à apelante), o que demanda o fornecimento gratuito do medicamento.

Outrossim, é direito do cidadão a obtenção dos recursos necessários por meio do SUS, especialmente em se considerando que se trata de medicação de alto custo, sendo injusta a negativa quanto ao seu fornecimento.

No que se refere à multa diária imposta, observo que a ação ajuizada busca a efetivação do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal e no artigo 4º da Lei nº 8.069/90.

Dessa forma, a possibilidade da decisão liminar, com cominação de multa diária para hipótese de descumprimento, decorre da interpretação sistemática dos artigos 98, inciso I, 208, inciso III e 213, todos da Lei nº 8.069/90, bem como, do artigo 461, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à espécie, pena de negativa de eficácia do direito constitucional em testilha.

Assim já se pronunciou esta C. Câmara Especial:

"REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Preliminar de impossibilidade de antecipação de tutela em face do Poder Público rejeitada. Cabimento inclusive nas causas sujeitas ao reexame necessário. Imposição de multa. Possibilidade prevista em lei e em conformidade com pacífico entendimento jurisprudencial. Inadequado fornecimento de recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar. Violação do artigo 134, parágrafo único, da Lei 8069/90. Condenação da municipalidade ao fornecimento de equipamentos ao Conselho Tutelar. Recursos improvidos." (Agravo de Instrumento nº 0002357-83.2011.8.26.0028, Rel. CAMARGO ARANHA FILHO, j. 10.06.13, v.u.).

Não obstante, cediço que o único objetivo da multa é o de compelir o devedor a adimplir a obrigação, deve ela ser imposta observando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

In casu, o valor fixado a título de multa diária, no importe de dez salários mínimos, se mostra excessivo, diante da realidade dos recursos orçamentários do município, ferindo os princípios já apontados, razão pela qual, há de ser reduzido para R$ 200,00 (duzentos reais) diários, no caso de descumprimento da obrigação.

É posição assentada pela jurisprudência, a seguir exemplificada:

Acesso ao Sumário

"Processual civil. Embargos declaratórios. Propósito nitidamente infringente. Recebimento como agravo regimental. Possibilidade. Descumprimento. *Astreintes*. Fixação. Excesso. Alteração do valor da multa pelo juízo a quo. Possibilidade. Agravo improvido. I. Inócua discussão acerca das razões apresentadas para a redução da multa (prazo de descumprimento da ordem judicial ou valor excessivo), pois a adequação poderia ser feita de ofício pelo magistrado, visto que 'não se pode utilizar o processo com fins de se obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.' (AgR-AG nº 1.075.142/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, DJE de 22.06.2009). II. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este." (AgRg no REsp 1230809 PR 2011/0001655-9, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 17/03/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DJe 24/03/2011).

Diante dos elementos apontados, que evidenciam a existência de direito fundamental da criança quanto ao recebimento da medicação pleiteada, que lhe é essencial à manutenção da saúde e, considerando que a obrigação não veio a ser cumprida espontaneamente, a solução constante da r. sentença era medida de rigor.

Ante exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso de apelação e ao reexame necessário, apenas para reduzir o valor da multa diária para R$ 200,00 (duzentos reais), em caso de descumprimento, mantendo-se, no mais, a sentença tal como proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0030373-63.2013.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado L.M.L.K. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, apenas para reduzir a multa diária fixada para o valor de R$ 1.000,00, mantendo assim a respeitável decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 4580-CFF/V/W)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.
CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO PARA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR ARBITRADO QUE, ENTRETANTO, DENTRO DOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DEVE SER REDUZIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO NESTA EXTENSÃO.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão que, em ação de obrigação de fazer, deferiu a antecipação de tutela para determinar a disponibilidade de vaga para internação do adolescente em clínica especializada para tratamento a toxicômano, sob regime de contenção, bem como todos os medicamentos e tratamentos que garantam a sua sobrevivência e reabilitação, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (fls. 16/17).

Agrava a Fazenda do Estado de São Paulo sustentando, em síntese, que a concessão do pedido importa em grave impacto na reserva orçamentária, caracterizando ingerência indevida das atribuições o Poder Judiciário; que não foi demonstrada a eficácia do tratamento prescrito; que a obrigação imposta viola os princípios da independência e harmonia dos poderes e isonomia; que a multa diária é incabível e exorbitante, implicando em comprometimento dos recursos públicos; que o prazo para cumprimento da obrigação é exíguo, extrapolando o princípio da razoabilidade. Subsidiariamente, requer o afastamento ou redução da multa pecuniária imposta e ampliação do prazo para cumprimento da obrigação de fazer (fls. 04/10).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 20/21).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 32/37) e com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 77/81), os autos estão em termos para julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O reclamo não comporta provimento.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, assenta a saúde como direito social e, em seu artigo 196, estabelece-a como direito de todos e dever do Estado.

A Lei nº 8.069/90, objetivando a proteção integral à criança e ao adolescente, preceitua, em seu artigo 4º, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

E a mesma Lei nº 8.069/90 ordena que as medidas de proteção devam ser acionadas sempre que direitos reconhecidos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão estatal (art. 98, I).

Tem-se, ainda, que a partir da premissa incontroversa da qualificação do direito à saúde, enquanto direito subjetivo fundamental, integrante do núcleo mínimo existencial, cuja tutela comporta e justifica a excepcional atuação do Poder Judiciário, no sentido de suprir a inércia do ente público no cumprimento da obrigação a tanto correspondente, o acesso a esse direito não pode ser negado, adiado ou condicionado por conta de percalços burocráticos.

Pois bem.

Os autos noticiam que o menor é usuário e dependente de entorpecentes e, por não aceitar tratamento especializado, foi prescrita por médico integrante do sistema público de saúde a sua internação, em caráter compulsório.

Logo, tanto a patologia que acomete o adolescente, quanto a necessidade do tratamento prescrito, estão suficientemente comprovadas pelo relatório emitido por profissional especialista (fls. 38/40), ao qual compete a prescrição do que entende melhor e adequado ao restauro da saúde de seu paciente, não havendo, portanto, duvidar da essencialidade do tratamento ou, ainda, cogitar da possibilidade de sua substituição.

Acesso ao Sumário

Ademais, a eficácia do tratamento prescrito restou materializada pelo laudo produzido pelo IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo - nos autos principais. O resultado do processo de internação foi tão eficiente que, segundo a mãe do menor, após o tratamento, L. ficou abstêmio, voltou a trabalhar, mantendo um comportamento satisfatório (fls. 110/112).

Note-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as medidas específicas de proteção às situações de risco, previu expressamente, em seu artigo 101, a **"*inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos*"** (inciso VI).

Em consonância com referido dispositivo legal, a Lei Estadual Paulista nº 10.817/2001, dispôs, em seu artigo 1º, a obrigatoriedade do Poder Executivo

em implantar programa de atendimento a crianças e adolescentes dependentes de álcool e outras drogas.

No mesmo compasso, em busca do bem-estar incondicionado dos jovens, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica -, ratificada pelo Brasil no Decreto nº 678/92, estabeleceu que **"*toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado*"** (art. 19).

Incumbe ao Estado (gênero), portanto, o cumprimento de seu encargo de fornecer o tratamento adequado para garantia de vida e saúde dos menores, notadamente aos que se encontram em situação de risco.

O artigo 11, da Lei nº 8.069/90, estabelece que **"*é assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde*"** e o § 2º, do mesmo dispositivo legal, atribui ao Poder Público o encargo de **"*fornecer medicamentos, próteses e outros recursos, àqueles necessitados de tratamento, habilitação ou reabilitação*"**.

Diante dessa inafugentável realidade, forçoso o reconhecimento de que a parte recorrente não pode esquivar-se do dever jurídico que lhe foi imposto, sob a alegação de afetação ao erário da Administração, de violação ao seu poder discricionário e de ferimento ao princípio da separação dos poderes.

É certo que existam limitações orçamentárias para a execução e pleno funcionamento dos serviços e equipamentos públicos. Todavia, não é menos certo o dever do Administrador de cumprir os mandamentos constitucionais relacionados às políticas públicas, cuja observância poderá comprometer a plena realização dos direitos individuais e sociais, dentre eles, o direito à vida, à integridade física e à saúde.

A discricionariedade conferida à administração não pode justificar a omissão verificada, servindo de pretexto para o descumprimento de seu dever constitucional.

Não há que se falar em intromissão do Poder Judiciário em área privativa do Poder Executivo, pois aquele está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em risco lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Dessa maneira, não pode a agravante esquivar-se do dever jurídico que lhe foi imposto, sob o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes.

Também não socorre à parte recorrente a suposta violação ao princípio da igualdade, calcada na alegação do direito universal e igualitário à saúde.

Isso porque, a plena observância da isonomia deflui, na espécie, da

Acesso ao Sumário

circunstância óbvia e inexorável de que, reconhecido o direito subjetivo subjacente ao litígio, ora tratado sob o enfoque metaindividual, a todas as crianças, nas condições previstas pela lei, o Poder Judiciário assegura, indistintamente, a possibilidade de sua fruição qualificada pela continuidade.

A matéria encontra-se pacificada no âmbito desta Colenda Câmara Especial, nos termos da Súmula 65:

> **"*Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescente.*"** (Súmula 65 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011).

Nessa esteira, diante da natureza do direito que se pleiteia, de caráter fundamental, não há que se falar em exiguidade, tampouco desproporcionalidade, no que tange ao prazo fixado para cumprimento da obrigação.

Outrossim, irrefragável o cabimento das *astreintes*, somente exigíveis em caso de descumprimento da obrigação, visando emprestar concretude às prerrogativas constitucionais garantidas aos menores, sobretudo em matéria relacionada com a saúde, ainda mais se utilizadas para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional concedida em sede de antecipação de tutela.

O artigo 213, § 2º, da Lei nº 8.069/90, é expresso em prever a possibilidade da imposição da multa, como mais um fator a compelir o resguardo dos direitos e interesses dos menores, objetivando garantir o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Impende salientar, ainda, a importância do instituto para demover a descabida resistência do Poder Público no cumprimento da obrigação imposta.

A propósito, esta Câmara Especial, julgando reiterados casos análogos, já se pronunciou:

> **"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Deferimento de medidas cautelares incidentais para que o agravante seja proibido de colocar mais adolescentes na 'Casa da Criança', diante das inadequações de sua estrutura, com determinação de transferência dos adolescentes que ali se encontrem, no prazo de 30 dias, para local apropriado (próprio ou conveniado), sob pena de multa diária e responsabilização do administrador público pela sua omissão - Alegação de nulidade da decisão agravada por falta de manifestação prévia prevista no artigo 2º da Lei 8.437/92 - Afastamento - Inteligência do artigo 201, V, do ECA - Desnecessidade de prévia manifestação da pessoa jurídica de direito público nas ações fundadas no artigo 208 do ECA - Medidas cautelares que visam afastar a incerteza de um*

***tratamento adequado e perpetuação da situação de risco em que se encontram os abrigados - Presença dos requisitos 'fumus boni juris' e 'periculum in mora' - Admissibilidade da aplicação de 'astreinte' ao Poder Público – 'Quantum' adequado e proporcional - Recurso não provido.*"** (Agravo de Instrumento nº 0247110-31.2011.8.26.0000, Rel. Martins Pinto, DJ 26.03.2012).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha:

"(...) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - astreintes -, ainda que seja contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Agravo regimental improvido" (2ª Turma, AgRg no AREsp nº 7.869/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 09.08.2011).

Ademais, eventual ocorrência de caso fortuito ou força maior que obstaculize o cumprimento da obrigação fixada no prazo concedido, deverá ser objeto de comprovação, apreciação e decisão judicial, não bastando alegações genéricas apresentadas pela agravante.

Neste sentido, reiterativa a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

"*(...) Nem se cogite da exigência de licitação, que é temática alheia ao cidadão titular de direito constitucional inarredável a ser cumprido pelo Estado, anotada a possibilidade de a Administração se aparelhar previamente para fazer frente a seus compromissos indeclináveis*" (13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 990.10.306670-7, Rel. Des. Ivan Sartori, DJ 01.09.2010).

Por fim, o valor arbitrado se revela excessivo. Assim, dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade e de acordo com casos semelhantes já analisados, fica fixado o valor de R$ 1.000,00, diários, em caso de descumprimento.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, apenas para reduzir a multa diária fixada para o valor de R$ 1.000,00, mantendo assim a respeitável decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0010121-75.2012.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que são apelantes MUNICÍPIO DE DIADEMA e JUÍZO EX OFFICIO, é apelado(a) S.S.V. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 17 de março de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação Cível e Recurso Oficial. Mandado de Segurança. Dever do Poder Público de fornecer educação básica obrigatória e gratuita a menor de idade. Segurança concedida. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de termo de ajuste de conduta não permite que seja violado direito subjetivo da criança à vaga postulada. Custeio de creche particular, em caso de falta material de vagas, também determinado. Apelo e recurso oficial improvidos.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que, tornando definitiva a liminar deferida (contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento, ao qual negou-se seguimento - fls. 84/86), concedeu segurança, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por S.S.V., representada por sua genitora M.A.M.V., em face do Secretário Municipal da Educação do Município de Diadema/SP, determinando a inserção da criança em rede de ensino municipal (creche) ou ainda, em caso de falta de vaga, o custeio de creche privada (fls. 67/68).

Em síntese, o apelante alega ter celebrado termo de ajuste de conduta com o Ministério Público, aos 16/07/2012, onde estão elencadas as obrigações assumidas pelo Município; a inexistência de direito líquido e certo da impetrante, devido a não comprovação da recusa na efetivação da matrícula; que a demanda por vagas na rede municipal de ensino infantil (creche municipal) extrapola a atual capacidade de atendimento do Município, o que leva a Administração a criar um cadastro de espera até o surgimento da vaga; a impossibilidade de introduzir crianças em creches, sem que existam vagas disponíveis, bem como não possuir recursos disponíveis para tanto; que a matrícula não deve ser realizada em razão

Acesso ao Sumário

da prioridade da convivência familiar; que somente nos casos de cobranças de vagas do ensino fundamental, caberia ao Judiciário impor a matrícula pleiteada ao Poder Público e nos demais estaria condicionada a realidade da Administração, com respeito aos critérios e princípios da moralidade, igualdade e eficiência; que tudo tem feito para atender o maior número de crianças possível.

Aduz ainda que a determinação judicial no sentido de inserir a criança em entidade privada as expensas da municipalidade, em caso de falta de vaga em entidade pública, configura ingerência na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo Municipal (fls. 92/110).

Processado o recurso, somente no efeito devolutivo e proferida decisão de manutenção em sede de juízo de retratação (fls. 111), sem contrarrazões, e manifestação do Ministério Público (fls. 117/121), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 125/131).

É o relatório.

Ab initio, nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil, conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

No mérito, a decisão ora atacada, sujeita a reexame necessário, não merece qualquer reparo.

Cuida-se de mandado de segurança, pelo qual se pretende garantir acesso de criança à educação infantil em creche da rede municipal.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 208, incisos I e IV:

"Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)."

A regra acima há que ser interpretada de acordo com a norma estabelecida no artigo 211, da Carta Magna:

"Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental

Acesso ao Sumário

e na educação infantil."

Ao reproduzir o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 54, inciso IV que:

"É dever do Estado assegurar à criança (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade", reconhecendo tal acesso à categoria de direito público subjetivo **(parágrafo 1º)**.

Ainda sobre esta matéria, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe em seu artigo 11, inciso V, que, incumbe ao Município o oferecimento de vagas em creches e pré-escolas às crianças que ali residem.

Incontroverso assim, de acordo com os dispositivos citados, que a educação é obrigação atribuída ao Município, mediante atendimento em creche e pré-escola, devendo o Estado criar condições que permitam o cumprimento desse direito, na instituição mais próxima à residência da criança.

Neste contexto, descabida a argumentação do Munícipio, de escassez de recursos e superlotação nas creches, não comprovadas, bem como a necessidade de observância de ordem na lista de espera para disponibilização das vagas.

Relativamente à discricionariedade atribuída à administração pública, não pode ser utilizada como argumento para violar o direito fundamental subjetivo do infante ao ensino, cabendo ao Poder Judiciário intervir, a fim de garantir o cumprimento dos preceitos legais.

A propósito, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"**A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). (...) Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças e creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (...)**" (2ª Turma, ARE nº 639.337/SP-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.09.2011).

Acesso ao Sumário

Igualmente, ainda a respeito do tema, em voto relatado pelo Ministro Luiz Fux, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que "**o atendimento gratuito da criança de zero a seis anos em creche da rede pública encerra**

um direito fundamental básico, de índole social, que deve encerrar um direito fundamental básico, de índole social, que deve ser, inexoravelmente, implementado pela Administração Pública, não ficando suscetível, portanto, aos critérios de conveniência e oportunidade dos gestores públicos, tampouco a conjecturas de ordem orçamentária e estrutural dos entes públicos, não podendo 'a cláusula de reserva' ser invocada em detrimento da própria dignidade da criança, aqui projetada no seu direito ao ensino público gratuito" (REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006).

Por outro lado, não pode o Município justificar o não atendimento à postulação da impetrante, alegando insuficiência de vagas, por ferir direito constitucionalmente consagrado à educação, definido no artigo 227 da Carta Magna.

Destarte, o Município tem o dever constitucional de estabelecer condições que possibilitem o acesso da criança à unidade de ensino próxima a sua residência.

Não há falar ainda em indevida intervenção do Judiciário, pois, o mandado de segurança é remédio de natureza constitucional que se destina a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo emanado de autoridade pública. E no caso presente estes fatos estão plenamente evidenciados.

No que concerne à celebração de termo de ajuste de conduta entre o Ministério Público e o Município, para a solução das vagas em creches, muito embora não haja prova de sua eficácia, tal fato não permite que seja violado o direito subjetivo da criança à vaga postulada.

Há que se rejeitar também a alegação no sentido de que a matrícula não deve ser realizada em razão da prioridade da convivência familiar.

O escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente é de proteger a criança, em relação aos problemas morais, educacionais e econômicos. Estabelece como princípio fundamental que as crianças gozam de todos os direitos fundamentais, dentre eles o direito à educação, que independe da convivência familiar.

Nesta Colenda Corte o direito de ingresso de criança em ensino infantil - creche/pré-escola, já está pacificado, nos termos das Súmulas nºs 63, 64 e 65:

"**É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território**" (Súmula 63 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

"**O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança**" (Súmula 64 - Câmara Especial, DJe. 14.04.2011, págs. 02/03).

"**Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da**

Acesso ao Sumário

anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes" (Súmula 65 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

No mais, a matéria em discussão neste writ tem solução pacífica na jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido (STF - RE 464143).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (STF - RE 554075).

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido (STF - AI 59207).

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-

Acesso ao Sumário

se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado (STF - RE 592937).

Relativamente à determinação contida na r. sentença, no sentido de que, na impossibilidade de manutenção da criança em creche da rede pública de ensino, próxima a sua residência, o Município deverá providenciar vaga em instituição da rede privada, às suas expensas, mantém-se o decidido, uma vez que o que se pretende efetivamente, é garantir o direito da criança à educação.

A obrigação de arcar com as despesas em escola particular decorre, pois, do descumprimento da obrigação reconhecida.

Acerca do tema:

"**APELAÇÃO - Ensino Infantil - Sentença concessiva da ordem em mandado de segurança para determinar a disponibilização à infante de vaga em escola de educação infantil da rede pública e, em caso de falta material de vagas, o custeio de creche particular - Preliminar visando o recebimento do recurso no efeito suspensivo - Afastamento - Decisão de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o direito ao ensino infantil - Ausência de excepcionalidade a autorizar o recebimento da apelação em seu duplo efeito - Garantia de vaga à criança por decisão judicial - Possibilidade - Exercício regular da atividade jurisdicional - Direito assegurado pela CF e pela lei ordinária - Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido - Possibilidade da aplicação de obrigação alternativa (custeio de creche particular), em hipótese excepcional, para assegurar o resultado prático da demanda, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC - Recursos voluntário e oficial não providos**." (TJSP, Câmara Especial, Apelação nº 0009296-05.2010.8.26.0161, Rel. Martins Pinto).

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** aos recursos.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0180282-82.2013.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO DISTRITAL DE BRÁS CUBAS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito negativo de competência, para declarar competente o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.041)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação acidentária. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. Súmula 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência provocado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Distrital de Brás Cubas, sendo suscitado o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, nos autos de ação ordinária ajuizada por Aldeir Donizete Louredo contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de auxílio decorrente de acidente de trabalho.

Foi designado o MM. Juízo Suscitado para conhecer e apreciar as medidas urgentes (fl.13).

Com vista dos autos, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-

se pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitado (fls.17/18).

É o relatório.

O presente conflito deve ser conhecido, pois nenhum dos Juízos admite a competência para conhecer e julgar a ação.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

A ação que originou este incidente é de natureza acidentária, a impor a aplicação da exceção contida no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

Contudo, na esfera estadual, a escolha do foro para o ajuizamento da demanda onde não há Vara Especializada na matéria, passa pela análise da competência territorial que, como se sabe, é relativa, de sorte que não se admite declinação *ex officio*.

A jurisprudência firmou entendimento no sentido de que é facultado ao autor a propositura da ação em seu domicílio, no local do acidente, ou, ainda, na sede da autarquia previdenciária.

Competirá, se for o caso, à autarquia ré, consoante dispõe o artigo 114 do Código de Processo Civil, opor exceção declinatória de foro, sem o que se operará a prorrogação de competência.

Assim, nos termos da Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*".

No mesmo sentido segue iterativa jurisprudência desta Colenda Câmara Especial:

"Conflito de Competência - Ação objetivando a concessão de benefício acidentário - Natureza pessoal - Competência territorial, inviabilizando a declinação de ofício - Súmula 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - Modificação de domicílio do autor no curso do processo - Irrelevância, diante da perpetuação da jurisdição - Conflito procedente - Competência do juízo suscitado (juízo da Vara Única de Santa Adélia)" (Conflito de Competência nº 0144152-64.2011.8.26.0000, Rel. Des. Vice-Presidente, j. 30/01/2012).

"Conflito negativo de competência - Ação acidentária ajuizada no domicílio do INSS, no caso o requerido - Competência territorial que se fixa com base no artigo 94, do Código de Processo Civil - Impossibilidade de declínio de ofício - Conflito julgado procedente - Competência do Juízo Suscitado" (Conflito de Competência nº 0153376-89.2012.8.26.0000, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Privado, j. 20/07/2012).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do conflito negativo de competência, para **declarar competente** o **Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, ora suscitado**, para conhecer e julgar o

Acesso ao Sumário

pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0199644-70.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito e declararam competente o Juízo suscitado (9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

EROS PICELI, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência - Ação declaratória de inexigibilidade de títulos cumulada com cobrança, compensação de valores e perdas e danos em conexão com embargos do devedor - Mesma competência territorial - Fixação da competência como decorrência da autoridade judiciária que despachou em primeiro lugar - Inteligência do artigo 106 do Código de Processo Civil - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, nos autos de ação declaratória de inexigibilidade de títulos cumulada com cobrança, compensação de valores e perdas e danos, no qual sustenta que a competência para processar e julgar o feito é do Juízo da 9ª Vara Cível do Foro Central. Alega o suscitante que, por se tratar de competência territorial dentro da mesma comarca, competente é o Juízo que despachou em primeiro lugar, conforme dispõe o artigo 106 do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado, fls. 140/142.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os Juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

Respeitado o entendimento em contrário, tem razão o Juízo suscitante.

Segundo consta, Telesp - Telecomunicações de São Paulo S/A ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de títulos cumulada com cobrança, compensação de valores e perdas e danos em face de Diproart Telecartofilia Ltda., distribuída por dependência ao Juízo da 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca em razão de distribuição anterior de cautelar de sustação de protestos, fls. 8/49. Nessa ação, determinou-se a citação da ré em 20 de outubro de 2010, fls. 05.

De outra parte, Diproart Telecartofilia Ltda. ajuizou execução de título extrajudicial figurando no polo passivo Telesp - Telecomunicações de São Paulo S/A, distribuída ao Juízo da 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital em 13 de maio de 2011.

Em 11 de abril de 2013, também na 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, fls. 71, Telesp - Telecomunicações de São Paulo S/A ajuizou embargos do devedor contra Diproart Telecartofilia Ltda., cuja intimação, que tem natureza de citação, foi determinada em 21 de maio de 2013 (fls. 71).

Posteriormente, o autor da demanda declaratória argumentou que havia conexão entre as demandas, que deveriam ser reunidas para julgamento conjunto na 37ª Vara Cível, considerando aplicável o artigo 219 do Código de Processo Civil. A fls. 133, o pedido foi deferido pela autoridade judiciária.

A existência da conexão é incontroversa, pois reconhecida por suscitante e suscitado, fls. 3 e 133.

No entanto, o Juízo competente para processá-las é o que primeiro despachou a petição inicial determinando a citação, conforme dispõe o artigo 106 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido são os precedentes desta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES RECONHECIDAMENTE CONEXAS. DISSENSO EM RELAÇÃO À PREVENÇÃO. CONTROVÉRSIA INSTAURADA ENTRE JUÍZOS DA MESMA COMARCA, CONSIDERANDO-SE PREVENTO AQUELE QUE PRIMEIRO DESPACHOU DETERMINANDO A CITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 106, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE, COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DE UM DOS JUÍZOS SUSCITADOS." (CC nº 0191302-

Acesso ao Sumário

07.2012.8.26.0000, Relª. Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 10.06.2013, v.u.);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexigibilidade de pagamento e nulidade de ato c.c. pedido de antecipação de tutela. Ação que busca a declaração de nulidade de assembleia e inexigibilidade de custeio correspondente ao Fundo de Apoio ao Cooperado. Ações movidas por autores diversos, mas formulando o mesmo pedido, contra o mesmo réu, expondo a mesma causa de pedir. Conexão reconhecida. Competência definida pelo juízo que proferiu o primeiro despacho determinando a citação. Aplicação dos artigos 103 e 106, do CPC. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado." (CC nº 0016897-55.2013.8.26.0000, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 27.05.2013, v.u.).

Bem por isso, tendo em conta que o Juiz de Direito da 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital foi quem primeiro determinou a realização da citação, fls. 5, de rigor o reconhecimento de que se tornou prevento, conforme disposto no artigo 106 do Código de Processo Civil e, portanto, competente para o processamento da ação declaratória, execução de título extrajudicial e dos respectivos embargos.

Pelo exposto, acolho o conflito e declaro competente o Juízo suscitado (9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital) para processamento das demandas conexas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência nº 0156305-61.2013.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE AVARÉ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE AVARÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, julgaram procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitado. Vencido em parte o Relator que fará declaração. Acórdão com o 2º Juiz. Fará declaração de voto convergente o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL, vencedor, PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, vencido e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

Acesso ao Sumário

PINHEIRO FRANCO, Relator Designado

Ementa: Conflito de Competência. Ação que busca reconhecer o direito ao recebimento de adicional de insalubridade em grau máximo. Pedido de realização de perícia formulado na inicial, visando apurar as condições do local de trabalho. Prova técnica complexa. Competência do Juizado Especial da Fazenda afastada. Conflito procedente para reconhecer a competência do juízo suscitado (MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Avaré).

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Meritíssimo Juiz da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Avaré em face da r. decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível daquela mesma comarca, que determinou a remessa de autos de ação de rito ordinário proposta por servidor público contra a Prefeitura do Município visando reconhecimento do direito ao recebimento de adicional de insalubridade em seu grau máximo, bem como a cobrança de valores referentes a referido adicional retroativos à data de sua contratação.

Sustenta o Magistrado suscitante que a lide é de competência absoluta do Juízo Cível. Argumenta, para tanto, com a necessidade de realização de prova pericial, inadmissível nos Juizados Especiais, visando apurar, entre outras questões relevantes, as condições dos locais de trabalho da autora, a efetiva exposição da profissional a agentes nocivos e, por fim, o grau correto de insalubridade a ser verificado.

O Magistrado suscitado, por seu turno, invocou o disposto no art. 2º da Lei nº 12.153/09, acrescentando que eventual necessidade de prova pericial, corriqueira e singela, não impediria o processamento do feito perante o Juizado Especial (fls. 28).

Foi designado o Juízo suscitante para dirimir questões urgentes.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo suscitante (fls. 53/55).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Ilustre Relator sorteado, de quem a turma julgadora ousou divergir, tenho que, na hipótese dos autos, a competência é mesmo do juízo suscitado.

Com efeito, a petição inicial veicula pedido expresso de realização de

Acesso ao Sumário

prova pericial para apuração correta do grau de insalubridade (folhas 10), entendendo o juízo suscitante que a perícia é necessária para formação de seu convencimento, sendo este, inclusive, o argumento principal utilizado ao suscitar este conflito.

E, de fato, parece necessária, no caso concreto, a produção de prova técnica para demonstrar o grau de insalubridade a que faz jus, o que demanda avaliar, entre outras questões, as condições de locais de trabalho da autora e sua efetiva exposição a agentes nocivos, como bem apontado pelo juízo suscitante, não se tratando, assim, de prova pericial singela, bem como de natureza exclusivamente contábil ou mera realização de cálculos aritméticos.

Desta forma, tenho que o pleito de realização da perícia formulado pela autora e a convicção do magistrado que suscita este conflito (no sentido de que o julgamento demanda realização da prova para verificar o grau da insalubridade) obrigam o processamento pelo juízo suscitado.

Neste sentido, cite-se:

"**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança de adicional de insalubridade, deduzida por servidor em face da municipalidade. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública ante a necessidade, na hipótese concreta, de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, ambos da lei nº 12.153/09. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado para conhecer e julgar o pedido.**" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0063818-72.2013.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, j. 07/10/2013).

Pelo exposto, voto pela procedência do conflito, declarando a competência do Juízo suscitado, da 1ª Vara Cível de Avaré, para processar e julgar a causa.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 26.035)

Ementa: ***CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - PRETENSÃO VOLTADA AO RECONHECIMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM FACE DE MUNICIPALIDADE - DEMANDA NÃO INSERIDA NAS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.153/2009 E ART. 1º, DO PROV. CSM Nº 1.768/2010 - COMPETÊNCIA DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - EXEGESE DO***

ARTIGO 2º, DO PROVIMENTO CSM Nº 1.768/2010 - FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO QUE NÃO IMPORTA EM NECESSÁRIA PROLAÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA, CONFORME ARTIGOS 9º E 10, DA LEI Nº 12.153/2009 - HIPÓTESE EM QUE A QUESTÃO SE RESOLVE COM MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS, NÃO SE VENTILANDO A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL DE ALTA COMPLEXIDADE A AFASTAR A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL - CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo d. Juízo da **Vara do Juizado Especial Cível** em face de r. decisão declinatória do d. Juízo da **1ª Vara Cível**, ambas da Comarca de Avaré, em ação declaratória cumulada com pedido cominatório e reparação de danos.

Designação do d. juízo suscitante para a finalidade prevista no art. 120, *in fine*, do Código de Processo Civil.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do incidente com a fixação da competência do d. Juízo suscitante.

É o relatório.

2. Verifica-se da petição inicial (fls. 07/15) que a demandante ingressou no serviço público municipal em 01.06.2009 para exercer a função de cirurgiã-dentista. Destarte, alega fazer jus ao recebimento de adicional de insalubridade em seu grau máximo, incidente sobre seus proventos, como dispõe o art. 146, da Lei Municipal nº 315/95, posto exercer atividade enquadrada na Lei nº 6.515/77, regulamentada pela Portaria nº 3.214/78, NR 15, anexo 13. Como vem recebendo o percentual de 20% sobre o valor do salário mínimo, pretende seja declarado o direito ao que lhe é deferido por lei, condenando a municipalidade a readequar seus proventos e a pagar a diferença acumulada no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

O magistrado suscitado declinou de sua competência (fls. 28) porque "***nos termos do art. 2º, da Lei nº 12153/09 e Provimento nº 1768/10, do e. Conselho Superior da Magistratura, verificando que a pretensão não supera o limite de alçada, tanto pelo aleatório valor atribuído à causa, quanto pela própria dimensão da pretensão (fls. 19/21), e anotando que eventual necessidade de produção de prova pericial corriqueira e singela não se mostra impossível naquela seara".***

O magistrado suscitante, por sua vez, firmou entendimento no sentido de

Acesso ao Sumário

que "***falece a este Juizado competência para o processamento e julgamento da causa, por se tratar de ação que demanda a produção de prova pericial complexa***". Destarte, "***a realização de prova pericial intrincada não se compadece com os princípios da celeridade, informalidade, simplicidade e eficiência, norteadores do microssistema dos Juizados Especiais***". Quanto à complexidade da prova pericial inexorável para o desate da causa, assevera que "***tratando-se de pedido de elevação de adicional de insalubridade, necessária a realização de minuciosa perícia, a fim de se verificar, dentre outras questões relevantes, as condições dos locais de trabalho da autora, se há realmente lida com agentes nocivos e qual o grau correto de insalubridade a ser verificado***".

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu ilustrado parecer (fls. 53/55), opina pela fixação da competência no Juizado Especial porque "***em princípio, não demonstrada a alegada complexidade da prova pericial, a ele incumbindo, pois, conhecer e julgar a causa***".

Tecidas as ponderações necessárias para compreensão da controvérsia, tem-se que o presente conflito negativo de competência é procedente.

Nada obstante, respeitado o entendimento do d. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Avaré, é sua a competência para processar e julgar a causa em litígio.

Com efeito, o artigo 2º, da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, dispõe que "***é da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar as causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos***".

Ocorre que, ante a necessidade de fixação da competência para o julgamento de tais feitos nas Comarcas onde ainda não foram instaladas as Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, editou-se o Provimento nº 1.768/2010, do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, que estabelece, em seu artigo 2º:

> ***"Ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei 12.153/2009 as seguintes unidades judiciárias: I - nas Comarcas da Capital, as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública; II - nas Comarcas do interior, enquanto não instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública: a) as Varas da Fazenda Pública onde instaladas; b) as Varas do Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada; c)..."***

Acesso ao Sumário

Na hipótese em apreço, inexistindo Vara da Fazenda Pública na Comarca de Avaré, forçoso concluir que a competência para processar e julgar os feitos previstos pela Lei nº 12.153/2009 é das Varas do Juizado Especial Comum, sendo certo que a presente demanda não se enquadra nas hipóteses de exceção

do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.153/2009 e artigo 1º, do Provimento CSM nº 1.768/2010.

Por fim, verifica-se que não há óbice legal para a formulação de pedido genérico, e, sua existência não implica, necessariamente, em prolação de sentença ilíquida, tendo em vista, inclusive, o disposto nos artigos 9º e 10, da Lei 12.153/2009.

Ademais, como bem ventilado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, em *status assertiones*, a questão *sub lite* se resolve com meros cálculos aritméticos, não se ventilando a necessidade de realização de prova pericial de alta complexidade a afastar a competência do Juizado Especial.

Nesse sentido, são vários os precedentes desta c. Câmara Especial, senão vejamos:

> ***Conflito negativo de competência. Ação condenatória, em que se pleiteia o pagamento de adicional de insalubridade. Prova pericial complexa que não se coaduna com o exame técnico previsto no art. 10, da Lei n. 11.153/2009. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível de Avaré.[1]***
>
> ***CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM FACE DE ENTE MUNICIPAL, VISANDO AO RECEBIMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRETENSA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL QUE NÃO SE COADUNA COM O CONCEITO DE MERO EXAME TÉCNICO, PREVISTO NO ARTIGO 10, DA LEI Nº 12.153/09. COMPLEXIDADE DA CAUSA QUE INVIABILIZA O PROCESSAMENTO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 98, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTA C. CÂMARA ESPECIAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.[2]***
>
> ***CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança de adicional de insalubridade, deduzida por servidor em face da municipalidade. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública ante a necessidade, na hipótese concreta, de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, ambos da lei n. 12.153/09. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado para conhecer e julgar o pedido.[3]***

1 CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0134866-91.2013.8.26.0000. rel. Des. SILVEIRA PAULILO.

2 CC nº 0094054-07.2013.0000, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 24/06/2013

3 CC 0063818-72.2013.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho. **No mesmo sentido**: CC n. 0031860-05.2012.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. em 17.12.2012; no CC n. 0140074-90.2012.8.26.0000, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 05.11.2012 e no CC n. 0049258-28.2013.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo

Acesso ao Sumário

E mais não é preciso afirmar para o julgamento deste conflito de competência, dando-se ciência à douta Procuradoria Geral de Justiça.

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitante.**

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Presidente da Seção de Direito Privado

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 16.987)

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação promovida por servidor municipal contra o Município de Avaré postulando a elevação do adicional de insalubridade para o grau máximo de 40% - Necessidade de avaliação das condições do local de trabalho da autora e o seu grau de exposição a agentes nocivos - Prova pericial complexa que não se confunde com mero exame técnico previsto no artigo 10 da Lei nº 12.153/2009 - Incompetência do Juizado Especial Cível.

Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado.

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a razoabilidade do voto do eminente Desembargador Relator, mas por convencimento, ouso divergir, julgando procedente o conflito e declarando a competência do juízo suscitado.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Cível de Avaré em face do Juízo da 1ª Vara Cível de Avaré nos autos de ação promovida por servidor público municipal contra o Município de Avaré pleiteando a elevação do adicional de insalubridade para o grau máximo de 40%.

A divergência reside na natureza simples ou complexa da perícia necessária para fins de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Respeitado o entendimento do eminente Desembargador Relator, *in casu*, o cerne da questão controvertida é saber se o autor está exposto a ambiente insalubre e em que grau, para o que é indispensável a realização de prova pericial complexa, pleiteada na petição inicial, para exame das condições do local de

Acesso ao Sumário

Gordo, j. 29.07.2013.

trabalho e a presença ou não de agentes nocivos à saúde, o que não se confunde com o mero exame técnico previsto no artigo 10 da Lei nº 12.153/2009, de modo que está afastada a competência do Juizado Especial.

Nesse sentido:

Conflito negativo de competência. Ação condenatória, em que se pleiteia o pagamento de adicional de insalubridade. Prova pericial complexa que não se coaduna com o exame técnico previsto no art. 10, da Lei n. 11.153/2009. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível de Avaré (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0134866-91.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, Comarca de Avaré, j. 25/11/2013).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança de adicional de insalubridade, deduzida por servidor em face da municipalidade. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública ante a necessidade, na hipótese concreta, de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, ambos da lei nº 12.153/09. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado para conhecer e julgar o pedido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0063818-72.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Camargo Aranha, Comarca de Avaré, j. 07/10/2013).

Desta feita, independentemente do valor da causa, a competência é da 1ª Vara Cível de Avaré e não da Vara do Juizado Especial Cível daquela comarca.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o juízo suscitado, ou seja, a 1ª Vara Cível de Avaré.

RICARDO ANAFE, Presidente da Seção de Direito Público

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0183185-90.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO VARA

Acesso ao Sumário

REGIONAL LESTE 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FORO REGIONAL SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25642)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Denúncia dando conta de crimes de lesão corporal e ameaça praticados por irmão contra irmã. Violência doméstica e familiar que pressupõe uma ação ou omissão baseada no gênero. Caracterização. Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito de jurisdição originado de ação penal, aduzindo o Juízo Suscitante que os crimes investigados nos autos estão inseridos no âmbito da violência doméstica, por entender caracterizada a relação de vulnerabilidade em razão do gênero feminino da vítima.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitante (fls. 51/56).

Este é o relatório.

2. O conflito é procedente.

Oferecida a denúncia perante o juízo da Vara Região Leste 2 da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, foi determinada a redistribuição do feito à Vara Criminal do Foro Regional competente (fls. 31/32).

Recebidos os autos pelo Juízo da 1ª Vara Criminal do Fórum Regional de São Miguel Paulista, foi suscitado o presente conflito (fls. 35/39).

Por não concordar nenhum dos Juízos com a competência para processar e julgar a presente ação penal, nos termos do art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal e arts. 219 e seguintes do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está configurado o conflito de jurisdição.

Acesso ao Sumário

Respeitado o entendimento do MM. Juízo da Vara da Violência Doméstica do Foro Regional de São Miguel Paulista, certo é que não poderia ter declinado da competência na presente hipótese.

A Lei nº 11.340/2006, em seu art. 5º, determina: "*Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*".

Não basta, como se vê, para a configuração da violência doméstica ou familiar, uma ação ou omissão contra a mulher. Exige-se também a circunstância especial de que tal ação ou omissão tenha sido praticada em razão do gênero, ou seja, pelo fato de a vítima ser mulher.

Isso porque a violência contra a mulher, que se procura coibir de modo especial, é aquela manifestada em "*relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens*", vislumbrada "*quando um ato é dirigido contra uma mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional*" (FLÁVIA PIOVENSAN. Litigância Internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a lei "Maria da Penha". *In* Direitos Humanos, Saraiva, 2009, p. 229).

Trata-se de autêntica proteção em razão do gênero.

É o que se vislumbra no caso dos autos.

Narra a denúncia que o réu e a vítima são irmãos e ainda que não coabitem no mesmo imóvel, já que o réu mora com sua esposa e filhos, frequentava, com assiduidade, a casa materna, em companhia de quem a vítima reside.

No dia dos fatos, o réu teria deixado os filhos na residência materna e saído para ir a um barzinho, voltando horas depois, tendo inclusive dormido ali na casa de sua genitora; o que, segundo consta do depoimento prestado por ele à D. Autoridade Policial, teria despertado a revolta da vítima, a qual passou a destratá-lo, vindo então a iniciar-se uma discussão entre eles, vindo assim a arremessar uma vela contra a cabeça da vítima.

Dessa forma, ao menos em tese, a violência teria sido praticada em razão da existência de relacionamento familiar entre as partes e da situação de ascendência em relação à vítima.

Nesse contexto, salvo melhor juízo, está caracterizada a violência em razão do gênero, sendo precipitado qualquer juízo de valor no sentido de afastar a incidência do artigo 5º, incisos I e II, da Lei 11.340/06.

Daí porque se trata de competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consoante o entendimento recentemente consagrado na Súmula nº 114 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo teor vale transcrever:

"*Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da*

Acesso ao Sumário

Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor".

No mesmo sentido, o posicionamento recente adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA IRMÃ DO RÉU. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA/DF. RECURSO PROVIDO.*

1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

2. Na espécie, apurou-se que o Réu foi à casa da vítima para ameaçá-la, ocasião em que provocou danos em seu carro ao atirar pedras. Após, foi constatado o envio rotineiro de mensagens pelo telefone celular com o claro intuito de intimidá-la e forçá-la a abrir mão "do controle financeiro da pensão recebida pela mãe" de ambos.

3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista o sofrimento psicológico em tese sofrido por mulher em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação.

4. "Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima." (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 02/02/2009.)

5. Recurso provido para determinar que Juiz de Direito da 3.ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF prossiga no julgamento da causa." *(REsp. nº 1.239.850-DF, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 16.02.2012).*

Diante disso, de rigor o prosseguimento do feito na Vara especializada, a fim de preservar o sistema de proteção criado pelo legislador.

3. **Pelo exposto é que se julga procedente o conflito, declarando-se competente o Juízo Suscitado, da Vara Regional Leste-2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (São Miguel Paulista) da Comarca da Capital.**

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

RENATO DE SALLES ABREU FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Juvenal José Duarte e Maria Olívia Pinto Esteves Alves. (Sessão solene de 14.02.12)

Exmo. Sr. Desembargador

Passados poucos dias da abertura do Ano Judiciário, reúne-se novamente o Tribunal de Justiça de São Paulo, agora para dar posse solene a dois novos colegas, os Juízes Maria Olívia Pinto Esteves Alves e Juvenal José Duarte, no cargo de Desembargadores desta Corte.

Maria Olívia e Juvenal. O agrado de suas presenças onde se encontrem juízes de São Paulo transparece no comportamento de quantos as desfrutem, isso porque essas presenças personificam juízes capazes de sacrifícios para honrar a magistratura a que pertencem. São juízes que exercem o cargo sem deslumbramento, mas com noção real da importância dele; sem aspereza, mas com energia comedida; sem euforia, mas com entusiasmo pela carreira.

Os anos passam, a vida se encurta e o verdadeiro magistrado não esmorece, porque mantém intacto o ideal de distribuir Justiça.

Há mais de cinco lustros, iniciavam na carreira os jovens magistrados Maria Olívia e Juvenal e traziam com eles, além dos conhecimentos especializados necessários ao bom desempenho de suas novas funções, como bem demonstraram à Banca Examinadora, o patrimônio inestimável da formação moral de cada um, haurida no lar paterno pela bondade, pela honradez e pelo amor de seus pais.

Maria Olívia, nascida em Leça de Balio, Portugal, veio para o Brasil ainda criança, radicando-se com a família na cidade de Santos, onde se bacharelou em direito pela Faculdade Católica de Direito, no ano 1983. É casada com o também Desembargador Eduardo de Azevedo Silva, membro do Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com sede nesta Capital de São Paulo e o casal possui duas filhas, Maria Luiza e Marina, ambas cursando a Faculdade de Direito.

Aprovada e classificada no 151º Concurso de Ingresso na Magistratura foi nomeada juíza substituta da 44ª Circunscrição Judiciária, com sede em Guarulhos e assumiu o cargo em 04.11.1985, lá permanecendo até o dia

Acesso ao Sumário

25.04.1986, quando se removeu para a 1ª Circunscrição Judiciária, com sede em de Santos; passou posteriormente como Juíza Titular pelas Comarcas de Miracatu, 1ª Vara de Praia Grande, 3ª Vara Criminal de Santos e nesta Capital, onde exerceu os cargos de Juíza Auxiliar e de Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro, assumindo essas funções em 21.05.1998 e lá permanecendo até se remover para o Cargo de Juiz Substituto em 2º Grau, tomando posse no dia 09.06.2005. Finalmente, foi promovida para o cargo de Desembargadora deste Tribunal de Justiça, por ato da Presidência de 30.11 e com efeito a partir do dia 01.12.2011, tomando assento na 11ª Câmara de Direito Privado.

Paralelamente, exerceu intensa atividade cultural perante a Escola Paulista da Magistratura, ministrando aulas em curso de aperfeiçoamento para Juízes Vitalícios e de Coordenadora de Módulo e das discussões e votação das conclusões do I e II Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e Juventude, em parceria com a Associação Paulista de Magistrados; é professora colaboradora da Escola Paulista da Magistratura na Área da Infância e da Juventude e foi membro da Comissão Estadual de Adoção Internacional, do Tribunal de Justiça, no período de 2002/2004. É, ainda, integrante da Academia Paulista de Magistrados.

Juvenal nasceu na cidade de Cesário Lange, neste Estado de São Paulo e é bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, colando grau no ano de 1983. É casado com a Dra. Carla Garbi Duarte, Delegada de Polícia Federal e antes de seu ingresso na magistratura exerceu os cargos de Auxiliar de Cartórios de Notas e Ofício de Justiça nas Comarcas de Tatuí e Sorocaba e de Escrevente Autorizado do 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça de Sorocaba.

Aprovado e classificado também no 151º Concurso de Ingresso na Magistratura, foi nomeado Juiz Substituto da 44ª Circunscrição Judiciária, com sede em Guarulhos e também assumiu no dia 4.11.1985, lá permanecendo até 25.04.1986, quando se removeu para a 22ª Circunscrição Judiciária, com sede em Itapetinga. Posteriormente, foi nomeado Juiz Titular das Comarcas de Teodoro Sampaio e Apiaí, da 1ª Vara da Comarca de Itapeva, de Juiz Auxiliar da Capital e Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista e da 3ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional de Santana, de onde se removeu para o cargo de Juiz Direito Substituto em 2º Grau no dia 26.04.2006, onde permaneceu até sua nomeação para o cargo de Desembargador deste Tribunal de Justiça, por ato da Presidência de 30.11, com efeito a partir de 01.12.2011, tomando assento na 37ª Câmara de Direito Privado e se removendo, por permuta, para a 5ª Câmara de Direito Criminal.

Embora Juízes experimentados, com vastas folhas de serviços prestados ao Poder Judiciário e à população de nosso Estado, não conseguem esconder a emoção que os domina ao tomarem posse, solenemente, no cargo mais alto da

Acesso ao Sumário

carreira que abraçaram, mas posso afiançar, por conhecê-los, que continuarão da mesma forma como agiram até hoje, a desempenhar suas atividades com o mesmo brilho e a mesma dedicação. É o que posso antever.

Sejam bem-vindos a este Tribunal de Justiça de São Paulo, Srs. Desembargadores Maria Olívia Pinto Esteves Alves e Juvenal José Duarte.

MARIA OLÍVIA PINTO ESTEVES ALVES (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargadora. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 11.06.13).

Boa tarde a todos!

Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Ivan Sartori, que parabenizo pela recente conquista de se tornar o mais jovem dirigente desta Corte e na pessoa de quem peço licença para cumprimentar todas as demais autoridades presentes. Membros do Ministério Público, advogados, meus colegas, funcionários, amigos e minha família,

Antes de tudo, agradeço a presença de todos nesta solenidade, momento tão importante na minha vida.

Momento que, para mim e para o meu colega e amigo Juvenal, é de muita alegria, alegria de sonho realizado, alegria de boa luta ate aqui empenhada, alegria de sacrifícios que não foram em vão, alegria do trabalho compreendido, reconhecido e recompensado.

Alegria ainda maior, para mim, pela emoção de continuar a servir este país, que me acolheu desde cedo, quando cheguei de Portugal, aos dois anos de idade, com meus pais e minha irmã Aurora.

O que poderia eu esperar, uma imigrante portuguesa, numa terra tão distante?.....Mas eu respondo, com orgulho e admiração: o Brasil é definitivamente a pátria que acolhe todos os povos! E a prova disso está aqui, a lhes dirigir a palavra. Alguém que aqui nunca se sentiu estrangeiro e que tem a honra de, agora, servir a este país em um serviço tão fundamental à cidadania e especialmente num Tribunal desafiador, que é este Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por isso, depois agradecer a Deus por estar nesta travessia, agradeço também a este país e a este povo, que me adotou e a quem adotei.

Minha gratidão também aos meus queridos pais, à coragem de atravessar

o mar e se aventurar nesta terra, à obstinação de enfrentar dificuldades, à fé de que teriam lugar seguro e à esperança de dar conforto às duas filhas.

E aqui, incentivada pelo meu falecido pai, que não cansava de me dizer, com estas palavras simples...: "Olivia, o saber é lindo..." tive a oportunidade de me dedicar aos estudos. Mas, não posso esquecer... o incentivo também veio das lições de grandes professores da minha querida "Casa Amarela", dentre os quais o Elias Jacob, o Luiz Antonio Figueiredo Gonçalves, o Walter Cotrofe, o Gildo dos Santos, que me servem de exemplo até hoje.

Pois é Juvenal.... já lá se vão quase 27 anos de carreira. Eu e o Juvenal ingressamos nesta Magistratura em novembro de 1985. Eram outros tempos, era outro o Judiciário. Pairava no ar um temor reverencial, um distanciamento calculado, a Magistratura era mesmo uma instituição hermética. Para não dizer muito, basta lembrar que fui a 15ª mulher que ingressava por concurso na Magistratura estadual.

Muita coisa mudou desde então e tinha mesmo que mudar. O poder Judiciário paulista tem hoje as suas portas abertas e já escancara as suas mazelas e dificuldades. Hoje o Judiciário, como não poderia deixar de ser, é uma instituição típica da democracia.

Mas uma coisa não mudou nem haverá de mudar: a coragem, o esforço, a honestidade dos seus integrantes e o respeito que merecem. Muitos, como eu e o Juvenal, só chegaram aqui depois de um rigoroso concurso público, e com muito sacrifício se dedicam à árdua, mas dignificante tarefa de dar a cada um o que é seu.

Por isso que, depois de tantos anos de luta, me entristece muito ouvir críticas de pessoas cultas e bem informadas, que transformam exceções em regra e que, muito ao contrário, teriam a obrigação de saber que este Tribunal é grandioso e complexo e, acima de tudo, formado por pessoas íntegras e trabalhadoras.

As críticas devem ser sempre recebidas com serenidade, fazem parte da democracia, mas não se pode aceitar nunca o desrespeito às instituições e às pessoas.

Por isso, e porque sou brasileira, não desisto nem vou desistir! Tenho orgulho de agora ser Desembargadora deste Tribunal. Eu e o Juvenal, com certeza, temos a temperança e a perseverança de prosseguir, firmes e decididos, no caminho dos homens de bem, como nos ensinaram nossos pais.

Estamos num recomeço, dispostos a aperfeiçoar e melhorar sempre a Justiça, que é um dos pilares que torna possível a vida em sociedade.

Mas, enfim, hoje é dia de comemorar e agradecer!

Chegar até este Tribunal foi uma grande vitória. Foi um longo caminho, e de lá até aqui os risos, as decepções, alegrias e tristezas, dores, insônias,

contentamento, expectativas. E ao fim ao cabo, como dizia Gandhi, Não existe um caminho para a felicidade. A felicidade é o caminho.

Por isso, aproveito este momento único na minha vida para agradecer também aos meus amigos e amigas, a quem presto homenagem nas pessoas do Renato Salles e da Maria Cristina Cotrofe, amigos dos quais recebi o apoio constante e incondicional e a imprescindível, companhia por todos esses anos, na carreira e fora dela.

Agradeço também ao meu amigo Juvenal o apoio inicial e a oportunidade de me pronunciar nesse momento para nós tão grandioso. Agradeço aos queridos e fiéis funcionários, que sempre me deram a segurança necessária para o exercício da judicatura. E agradeço, por fim, aos meus pais, o Fernando e a Clemência (meu exemplo de mulher), à minha família, ao meu companheiro Eduardo, que sempre me incentivou na vida profissional, às minhas queridas filhas, Maria Luiza e Marina, de quem tenho tanto orgulho de ser mãe, e aos meus demais familiares, que homenageio na pessoa da minha querida irmã Aurora.

Agradeço a todos o amor e o carinho que sempre me dedicaram e sem o qual "eu" não seria possível.

Muito obrigada!

JUVENAL JOSÉ DUARTE (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 14.02.12).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Eminente Desembargador IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, em nome de quem peço licença para cumprimentar os demais ilustres Desembargadores e

Autoridades que compõem a mesa, bem assim os Desembargadores, Juízes de Direito, Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, Advogados, Autoridades Civis e Militares, funcionários, amigos e familiares que aqui comparecem para prestigiar e abrilhantar esta sessão solene que tenho a honra de compartilhar com a Eminente Desembargadora MARIA OLIVIA PINTO ESTEVES ALVES, prezada amiga e colega de concurso.

Fomos aprovados no 151o concurso de ingresso na magistratura, tomamos posse aos 4.11.1985, iniciamos a carreira como juízes substitutos na comarca de

Guarulhos e, depois de 26 anos, promovidos ao cargo de Desembargador na mesma sessão do C. Orgão Especial desta E. Corte.

Devo dizer que a Eminente Desembargadora MARIA OLIVIA PINTO ESTEVES ALVES, estimada e querida por todos que a conhecem, sempre se destacou nos meios jurídicos e, especialmente na magistratura, por sua competência, companheirismo, profissionalismo, retidão, amor à justiça e, sobretudo, por sua vocação à magistratura, cuja atuação em Segundo Grau, ao longo dos últimos 7 anos, só realçou e confirmou esses predicados, os quais a capacitam - sem dúvida - para a merecidíssima promoção ao cargo de Desembargador.

Receba - Eminente Desembargadora MARIA OLIVIA PINTO ESTEVES ALVES - os meus cumprimentos e as minhas homenagens, os quais estendo à sua Augusta Família.

Senhor Presidente,

Esta sessão solene é peculiar e especial por ser a primeira realizada após a posse dos Eminentes Desembargadores eleitos para os órgãos de direção do EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO para o biênio 2012/2013.

Aproveito o ensejo para cumprimentar Vossa Excelência, Eminente Desembargador IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, pela eleição, bem assim os Desembargadores JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, eleito Vice-presidente desta C. Corte, JOSÉ RENATO NALINI, eleito Corregedor Geral de Justica, ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, eleito Presidente da Seção de Direito Criminal, ANTONIO JOSÉ SILVEIRA PAULILO, eleito Presidente da Seção de Direito Privado, e SAMUEL ALVES DE MELO JUNIOR, eleito Presidente da Seção de Direito Público.

Como Vossa Excelência E. Presidente já conclamou, encerradas as eleições, realizadas - cumpre mais uma vez enaltecer - de acordo com a estrita observância dos parâmetros da democracia, todos saíram-se vencedores e devem se unir em prol do jurisdicionado e do Poder Judiciário.

Muito há por fazer e todos temos o dever de contribuir porque o Poder Judiciário constitui a viga mestra da sociedade, pois lhe dá sustentação, equilíbrio e norte.

O juiz – por ser a voz da lei e da Constituição (Iudex est lex loquem) - deve estar atento ao seu tempo, às mudanças, às mazelas e aos progressos constantes da sociedade e do mundo, deve buscar novas práticas e novas soluções para os conflitos sob julgamento, sem medo de reconhecer os erros, especialmente para com eles aprender e não repetí-los, de corrigir o rumo e as falhas, sem perder de vista que deve se aprimorar sempre e que as suas decisões repercutirão na vida das pessoas e terão alcance social.

Ser juiz não exige só vocação e conhecimento técnico, é preciso abnegação, amor incondicional à justiça e a legalidade e irrestrito respeito e compromisso com a ética, com a moralidade e com a coisa pública, pois é o mínimo que se espera do Poder Judiciário, cujas atribuições compreendem a de fiscalizar os demais Poderes da República, a revelar que deve ser, portanto, exemplo de retidão e probidade.

Sempre observei rigorosamente esses preceitos, inerentes, sobretudo, ao magistrado e continuarei assim agindo, pois, impregnados em meu caráter, mesmo sabendo que para ser juiz no Brasil, nos dias atuais, é preciso ainda ter coragem e não se acovardar diante das adversidades e dos riscos diários a que estamos expostos.

Assim, espera-se que o Supremo Tribunal Federal encaminhe, com presteza, ao Congresso Nacional o projeto de Lei da nova Lei Orgânica da Magistratura, que, se for bem elaborado, poderá amenizar as agruras da magistratura, especialmente no que diz respeito à falta de segurança dos juízes.

Outra expectativa é que os legisladores concluam com rapidez a apreciação dos Projetos de Lei dos novos Códigos de Processo Civil e Penal, propiciando uma prestação jurisdicional mais célere e adequada aos anseios da sociedade contemporânea, regida pela velocidade da internet.

No que tange à minha carreira, sou e serei sempre grato a todos que me acompanharam e me ajudaram.

Considero-me privilegiado por ter escolhido e me realizado na Magistratura, pois faço o que mais gosto.

Sempre fui e sempre serei juiz.

Percorreria o longo caminho novamente, se fosse necessário, sem dúvida.

Peço somente saúde e discernimento nesta nova fase.

Muito obrigado!

ANTONIO LUIZ PIRES NETO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Solenidade de Vitaliciamento dos Juízes do 182º Concurso de Ingresso à Magistratura. Discurso proferido em nome da Comissão do Concurso - (Sessão Solene de 25.06.12)

DISCURSO - VITALICIAMENTO - JUÍZES CONCURSO 182º - 25-06-2012

EXMO. SR. DESEMBARGADOR IVAN RICARDO GARÍSIO SARTORI, DD. PRESIDENTE DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, DD. VICE-PRESIDENTE.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, DD. CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, DD. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR SAMUEL ALVES DE MELO JÚNIOR, DD. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR ANTONIO JOSÉ SILVEIRA PAULILO, DD. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR CARLOS PAULO TRAVAIN E EXMO. SR. ADVOGADO DR. MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA, MEUS ILUSTRES E EMINENTES COLEGAS COMO MEMBROS DA COMISSÃO DO 182º CONCURSO DE INGRESSO NA MAGISTRATURA.

AUTORIDADES PRESENTES, DESEMBARGADORES, JUÍZES DE DIREITO, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DELEGADOS DE POLÍCIA, ADVOGADOS, OFICIAIS MILITARES, SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FAMILIARES DOS JUÍZES VITALICIADOS. SENHORAS E SENHORES.

MEUS COLEGAS JUÍZES AOS QUAIS FOI OUTORGADA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA VITALICIEDADE.

Caro Presidente Ivan Sartori. Antes de tudo, rendo minhas homenagens a Vossa Excelência como Presidente deste querido Tribunal de Justiça, a que estou indelevelmente ligado numa carreira de mais de 39 anos. Quero cumprimentá-lo pelo esforço que, ainda praticamente no início de sua honrosa gestão, vem desenvolvendo para conseguir melhorar as condições de trabalho de juízes e servidores do Tribunal, tarefa que todos sabemos ser das mais difíceis. Apenas por exemplo e especialmente quanto a esses servidores, bons frutos já começaram a surgir, tanto que Vossa Excelência, nos dois primeiros meses no exercício da presidência, conseguiu convencer o Sr. Governador do Estado a respeitar e honrar a data-base inserida no mês de março, o que permitiu a aprovação de percentual de aumento a todos os funcionários do Tribunal de Justiça naquele mês. E graças a seu esforço pessoal, que implicou em contatos com outros setores da administração estadual, todos esses servidores estão em vias de receber (se é que ainda não receberam), o pagamento de parcela expressiva de verbas que lhes são devidas e que vinham se acumulando, sem quitação, ao longo dos anos de trabalho.

Acesso ao Sumário

Permito-me cumprimentar também os Excelentíssimos Senhores desembargadores ilustres integrantes do Conselho Superior da Magistratura que, ao lado do Presidente do Tribunal, formam o seleto grupo diretivo do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, todos unidos numa tarefa hercúlea, não fosse este o maior Tribunal de Justiça do País (ou do mundo, como já se costuma dizer). O Sr. Vice-Presidente, Desembargador Gonzaga Franceschini; o Sr. Corregedor Geral, Desembargador Renato Nalini; os Srs. Presidentes das Seções de Direito Criminal, Desembargador Tristão Ribeiro, de Direito Público, Desembargador Samuel Júnior e de Direito Privado, Desembargador Silveira Paulilo. Além do Decano, Desembargador Correa Viana. As decisões do Conselho Superior da Magistratura ordenam o exercício da atividade jurisdicional e norteiam todo o funcionamento administrativo da máquina judiciária; orientam e definem os rumos da carreira dos magistrados estaduais, hoje em número superior a dois mil em plena atividade.

A todos minhas respeitosas homenagens e meus cumprimentos pela dedicação e competência de cada um, méritos já revelados nestes poucos meses no exercício de suas elevadas funções.

Dirijo uma saudação especial a meus colegas integrantes da Comissão de Concurso. Sob a presidência do Desembargador Carlos Paulo Travain, que conduziu os trabalhos com maestria e com sua característica serenidade e notável competência, todos nós nos preocupamos em aprovar os melhores candidatos inscritos, escolhendo-os dentro das normas fixadas no respectivo edital. E correram longos meses que foram necessários para tanto, num trabalho de grande esforço e dedicação, tendo como recompensa a satisfação do dever cumprido. Com exceção da minha participação, a mais modesta, o que serve como exceção que justifica a regra geral, essa banca foi integrada por nomes da mais alta expressão da nossa magistratura e do nosso meio jurídico, formando um grupo unido para aquela finalidade única: a escolha dos melhores. Os Desembargadores Augusto Ferraz de Arruda e José Roberto dos Santos Bedaque, respectivamente representando a Seção de Direito Público e a Seção de Direito Privado, trouxeram o brilho de sua cultura jurídica especializada e de seus notórios conhecimentos jurídicos, o que serviu para elevar o nível das proposições colocadas para avaliação dos candidatos. O Dr. Manuel Alceu Affonso Ferreira, advogado de notório saber jurídico, conhecido e respeitado no meio jurídico nacional, trouxe o aval da OAB para legitimar o resultado final e colocou o seu saber nas indagações que dirigiu a cada um dos candidatos. Todos os juízes aqui presentes, ora vitaliciados, sempre se lembrarão das qualidades desses examinadores e especialmente da maneira cordial, fidalga e respeitosa como o presidente da banca, desembargador Travain, a todos tratou e dignificou, com o inestimável e eficiente apoio dos funcionários do setor competente deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

Não me incluo nessa homenagem a tão seleta banca examinadora, mas tenho a honra de levar no lugar mais íntimo do meu ser o galardão de haver estado, por vários meses, ao lado de tão importantes figuras da magistratura e da advocacia.

Caro Presidente Ivan Sartori. Peço permissão a Vossa Excelência, e ao mesmo tempo peço-lhe desculpas, por, quebrando o nosso protocolo, dirigir-me agora aos juízes aqui presentes, destinatários desta solenidade, dispensando o tratamento formal adequado nesta ocasião, para tratá-los informalmente, como colegas que todos somos.

Caros colegas, juízes aos quais foi outorgada a garantia constitucional do vitaliciamento.

Solenidade como esta talvez seja a mais importante na vida de cada um de vocês. O vitaliciamento representa, para todo magistrado, uma conquista inigualável. E provavelmente muitos não terão se apercebido disso. Haverá, por certo, outros tantos que não concordarão com essa afirmação. Por isso, permitam-me alguma divagação despretenciosa a respeito desse tema.

Notem todos vocês, meus colegas ainda iniciantes na carreira, que o Tribunal de Justiça de São Paulo não se faria representar neste ato solene por todos os seus eminentes desembargadores investidos em suas elevadas funções diretivas, se esta solenidade não tivesse a importância que realmente tem na vida de cada magistrado e, por consequência, na vida de toda a magistratura estadual.

O ingresso na magistratura se constitui em penosa e longa batalha que, ainda sorrateiramente, se inicia nos bancos acadêmicos. Aliás, são poucos aqueles que ainda lustrando os bancos da faculdade de Direito já se tenham definido por trilhar esse caminho, para começar mais cedo a própria preparação. Se considerarmos o número impressionante de bacharéis diplomados anualmente, parece fora de dúvida que quanto melhor houver sido a dedicação ao estudo nos bancos acadêmicos e tanto melhor terá sido a base de apoio para a preparação futura com vistas ao concurso de ingresso.

Os dias terão sido muito curtos para a plena dedicação daqueles que, já concluído o curso de bacharelado, se debruçaram sobre os livros numa longa e sofrida batalha na busca de aprovação em concurso público dessa envergadura.

Ora, dirão alguns mais afoitos, momento mais importante da nossa carreira foi a aprovação nesse concurso. Digo-lhes, com o devido respeito à opinião contrária, que não foi. A aprovação representa certamente o momento mais feliz da nossa carreira de magistrados; não, porém, o mais importante. A alegria do jovem advogado ao ver seu nome incluído entre os aprovados é, sem dúvida alguma, algo que se aproxima, naturalmente guardadas as devidas proporções, da alegria de ver o nascimento de um filho ou coisa parecida. Alegria que se estende a todos os familiares, principalmente maridos ou esposas; e aos pais,

guardiões e muitas vezes fiadores dessa dura empreitada. E se estende à roda de amigos e alcança os mestres que se esmeraram na distribuição do conhecimento jurídico que serviu para alcançar a aprovação.

Ocorre que a aprovação no concurso de ingresso não se exaure e não se completa em si mesma e isso talvez tenha lhes passado desapercebido. Depois da posse, inicia-se o árduo exercício da função jurisdicional, tanto mais árduo quanto mais complexas sejam as questões objeto de decisão judicial e a partir daí já se inicia o período em que o juiz substituto é mantido em estreita observação, para avaliação de seu caráter, de sua idoneidade, de seu comportamento ético e de seu ritmo de trabalho, tanto quanto de suas condições psicológicas no exercício da função e no trato com funcionários do fórum, colegas, partes e advogados. Tudo sem se perder de vista o desempenho técnico expressado nas decisões proferidas. Isso acontece ao longo de dois anos, ao final dos quais o Tribunal procede à avaliação necessária com base naqueles requisitos e expede a nota de vitaliciamento.

Antes disso, a banca havia se ocupado do exame do conhecimento jurídico, com informações iniciais a respeito do caráter, idoneidade e comportamento moral de cada candidato até então.

A rigor e, grosso modo, pode-se dizer que o vitaliciamento representa a verdadeira aprovação no concurso de ingresso, na medida em que existe a possibilidade de o juiz substituto ser desligado ou exonerado, mediante procedimento administrativo adequado, antes de ser-lhe outorgada essa garantia constitucional. Uma vez vitaliciado, sabemos todos, a exoneração depende necessariamente de decisão jurisdicional com trânsito em julgado.

Pois bem. Recebam o vitaliciamento com esse sentido, de final aprovação, para cabal integração na carreira da magistratura. E podem exultar-se, se não com a mesma alegria vivida no dia em que os resultados foram proclamados, ao menos com a felicidade por saberem que seus méritos iniciais foram reconhecidos; e sintam-se honrados e homenageados por isso.

O vitaliciamento, porém, não representa uma espécie de salvo conduto para a prática de atos incompatíveis com a dignidade da Magistratura. A rigor, o juiz é mantido em franca observação ao longo de sua carreira e sempre estará obrigado a cumprir com os seus deveres, aí incluído o dever de manter vida privada irrepreensível.

Uma boa dose de humildade se constitui em requisito indispensável, mesmo porque os arrogantes não ganham espaço entre os melhores; costumam ser rejeitados. Não digo aquela humildade servil, incompatível com a própria dignidade da pessoa. Mas, a humildade que caracteriza os grandes homens e as grandes mulheres, visível no relacionamento com as pessoas mais simples e desprotegidas.

O poeta PAULO BOMFIM, "Príncipe dos Poetas Brasileiros", que, aliás, empresta a este Tribunal o brilho de seu talento, ser humano admirável que hoje aqui nos honra com sua ilustre presença neste recinto sagrado, de trato tão educado quanto humilde a despeito de sua extensa e notória cultura, em seu mais recente livro publicado ("Diário do Anoitecer", Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 74), prega com autoridade: "Sejamos humildes com os humildes, altivos com os orgulhosos e divinos com os deuses".

E PIERO CALAMANDREI, em seu pequeno grande livro que se constitui em verdadeiro elogio aos juízes (na tradução portuguesa, "Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados"), faz precioso comentário a respeito do exercício da função jurisdicional e que sempre gosto de expor: "Em certas cidades da Holanda, os lapidadores de pedras preciosas vivem em obscuras oficinas, ocupados todo dia a pesar, em balanças de precisão, pedras tão raras, que bastaria uma só para os tirar da miséria. À noite, quando as entregam, faiscantes à força do polimento, a quem ansiosamente as espera, preparam serenamente, sobre aquela mesma mesa onde pesaram os tesouros alheios, a sua ceia frugal e partem sem inveja, com as mãos que lapidaram os diamantes dos ricos, o pão da sua honesta pobreza. O juiz também vive assim". E quantos de vocês, nesses primeiros dois anos de exercício, já não terão se deparado com situações como essas, presidindo leilões milionários, impondo condenações ao pagamento de importâncias vultosas, bloqueando ricas contas bancárias, sem inveja alguma com relação à discrepância entre os elevados valores envolvidos no processo e o registro mensal de seus próprios vencimentos.

Mas, se a nossa tarefa como magistrados é tantas vezes árdua e muitas vezes incompreendida, é inegável ser absolutamente indispensável no Estado Democrático de Direito, pois, como escreveu FRANÇOIS RIGAUX, "quaisquer que sejam os meandros e por mais penosa que possa parecer a escolha de uma solução, há juízes para enunciá-la" ("A Lei dos Juízes". Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 343). Essa é a tarefa que lhes incumbe. E que a sociedade e especialmente os jurisdicionados, todos esperam que vocês sempre a desempenhem bem: com dignidade, com eficiência, com retidão, com a possível maestria, enfim, como verdadeiros magistrados.

Acesso ao Sumário

Recebam meus sinceros cumprimentos, que prazerosamente estendo a todos os seus familiares que da mesma forma são merecedores de igual homenagem.

Obrigado a todos pela gentileza da sua atenção.

Tribunal de Justiça, São Paulo, 25 de junho de 2012.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Walter Cesar Incontri Exner, Dácio Tadeu Viviani Nicolau,Carlos Eduardo Pachi, Edison da Silva Martins Pinto, Alberto Marino Neto, Oscild de Lima Júnior, Alex Tadeu Monteiro Zilenovski e Osvaldo Palotti Júnior. (Sessão solene de 30.07.12)

Excelentíssimo Senhor Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, na pessoa de quem peço licença para saudar todos os integrantes da mesa e demais autoridades já nomeadas pelo cerimonial.

Acrescento à minha saudação os Magistrados presentes, os membros do Ministério Público, os senhores advogados, os senhores Serventuários, os convidados e familiares dos empossandos.

Excelentíssimas Senhoras e Senhores.

Senhor Presidente, tive a subida honra de receber de Vossa Excelência a delegação de saudar os novos Desembargadores. Não fosse gratificante, por si só, essa honrosa incumbência, devo registrar que a recebo também como um régio presente porque vou falar de amigos e, portanto, vou falar com o coração.

Se fracassar na missão pela expectativa de uma oratória apurada, prometo que a compensação virá, ao menos, pela virtude da brevidade. De qualquer modo, Senhor Presidente, agradeço muitíssimo a confiança em mim depositada pela nímia gentileza da escolha.

Pois bem. Nesse cenário de imensa e contagiante alegria, nosso glorioso Tribunal de Justiça abre suas portas para receber oito novos desembargadores que, merecidamente, ascendem ao mais elevado grau da carreira da magistratura estadual. Falo das pessoas dos Excelentíssimos Senhores ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI, WALTER CESAR INCONTRI EXNER, OSVALDO PALOTTI JÚNIOR, ALBERTO MARINO NETO, EDISON DA SILVA MARTINS PINTO, DÁCIO TADEU VIVIANI NICOLAU, CARLOS EDUARDO PACHI e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

O Desembargador Alex Tadeu tomou posse como Juiz Substituto em São Bernardo do Campo em 1986. Passou pelas comarcas de Bilac, Mogi das Cruzes (Foro Distrital de Guararema), Barueri (Foro Distrital de Carapicuiba), novamente São Bernardo do Campo e, finalmente, promovido, em entrância final, para a 11ª Vara Criminal.

O Desembargador Walter Exner tomou posse como Juiz Substituto em 1985. Como tal, judicou nas comarcas de Americana e Santo André. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Socorro, Taboão da Serra,

veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 22ª Vara Criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Osvaldo Palotti Júnior tomou posse em 1983. Juiz Substituto na comarca de Araçatuba, posteriormente nas comarcas de Ribeirão Bonito, Pirassununga, Juiz Auxiliar na Capital e, em entrância final, foi promovido para a 9ª Vara Criminal e removido para a 17ª Vara também criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2007.

O Desembargador Alberto Marino Neto tomou posse em 1985. Juiz Substituto nas comarcas de Registro e Osasco, posteriormente nas comarcas de São Bento do Sapucaí, Barueri (Foro Distrital de Carapicuíba), Diadema e Juiz Auxiliar na Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Itaquera e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do mesmo Regional. Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Edison da Silva Martins Pinto tomou posse como Juiz Substituto em 1987. Como tal, judicou na comarca de Guaratinguetá. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Cananéia, Itapeva, Itapecerica da Serra, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Viviani Nicolau tomou posse como Juiz Substituto em 1985. Como tal, judicou na comarca de Santos. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Buritama, Mogi Guaçu, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 29ª Vara Criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Carlos Eduardo Pachi tomou posse como Juiz Substituto em 1985. Como tal, judicou na comarca de Amparo. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Itapetininga, FD São Miguel Arcanjo, FD Embú Guaçu, em entrância final, foi promovido para a 20ª Vara Cível e removido para a 3ª Família e Sucessões de Santo Amaro. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

Acesso ao Sumário

O Desembargador Oscildi de Lima Júnior tomou posse como Juiz Substituto em 1986. Como tal, judicou na comarca de Guarulhos. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Guariba, Palmital, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Criminal Foro Regional de Santo Amaro e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do mesmo Regional. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2007.

Como se vê, são Magistrados experientes e que conhecem de perto e largamente os dramas humanos nas suas multifacetadas apresentações. Ao longo de suas vitoriosas carreiras, depararam-se, não raro, com torturantes inquietações

intelectuais na difícil missão de julgar. Jurisdicionados, sedentos de justiça, batem às portas do Judiciário, cotidianamente, trazendo conflitos patrimoniais e extrapatrimoniais, familiares, empresariais, ambientais, fazendários, etc.; questões criminais também se apresentam e carregam em si o clamor do réu pela sua inocência, colocando no lado oposto, a um só tempo, a expectativa da vítima de que não sofrerá ainda mais pelo insuperável sentimento de impunidade. O hipossuficiente também tem voz e vez, e é protegido do massacre do poder econômico.

Eis alguns exemplos da prestação jurisdicional para a qual Vossas Excelências foram exemplarmente escolhidos, porque detêm a vocação para o justo e dela nunca se apartaram. Esta vocação pressupõe a coragem moral para decidir, liberdade intelectual para agir, e o dom de reunir as experiências hauridas ao longo da carreira para transformá-las em aprimoramento da cultura jurídica. Por isso, Vossas Excelências estão hoje mais sábios, porque não apostaram corrida com o tempo.

Tais qualidades traduzem a riqueza maior que é o merecimento desse momento mágico e único. A posse de Vossas Excelências, estejam certos, passa a compor a história deste Tribunal e marca, por conta da moldura ética e dos predicamentos morais e profissionais que ornamentam o currículo de cada qual, a festiva data de hoje.

Penso que Vossas Excelências, ao olharem pelo retrovisor da vida, estejam a recordar desde os momentos da fase de preparação para o concurso, da espera pelo resultado, de cada degrau cuidadosa e responsavelmente construído, do ingresso até o topo agora merecidamente alcançado. Quantas lembranças, quantas histórias, quantos dramas, quantos recolhimentos! A magistratura, certamente, é a mais solitária das profissões, por isso que merece um registro especial a importância que tem os familiares dos magistrados na construção de suas carreiras. Renúncia ao convívio pleno e compreensão, para dizer o mínimo. Justo, pois, o compartilhamento maior com a família desse momento em que corações alegres se juntam para esse instante de celebração.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, confiante nesses valores, reúne-se aqui e agora para esse preito solene, na certeza de que Vossas Excelências conservarão, tal qual um iniciante, o fervor da justiça como fator da vida em comunidade. Essa justiça que é tão necessária para todos e que por isso superou séculos e milênios. São chamados agora para compor este Tribunal. Judicarão em segunda instância, experiência já iniciada por alguns. Não é demais relevar, todavia, que é grave a responsabilidade de reexaminar questões já decididas em primeiro grau, sobretudo pela qualidade dos Magistrados que receberam as demandas em seu estado bruto, lapidaram-nas com processamento escorreito, e lhes deram sentido e qualidade em seus pronunciamentos jurisdicionais.

Acesso ao Sumário

Vencedor ou vencido, cada voto de Vossas Excelências virá com selo de qualidade que dá grandeza ao nosso Tribunal e o coloca em posição de destaque no cenário jurídico nacional.

Sejam bem-vindos senhores Desembargadores. Contem sempre com a estrutura de nosso Tribunal, que, a despeito das reconhecidas carências materiais, dispõe de um exército qualificado de servidores que os ajudará a dar dignidade à jurisdição, certos de que os jurisdicionados são os destinatários maiores de nossas melhores atenções. Contem também com a retaguarda segura da nossa mais alta administração.

Que Deus ilumine Vossas Excelências, pois, no cumprimento dessa nova etapa que hoje se inicia, propiciando, igualmente, a saúde necessária para o enfrentamento da enorme carga de trabalho.

Muitíssimo Obrigado.

DÁCIO TADEU VIVIANI NICOLAU (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome e em nome dos demais empossandos. (Sessão solene de 30.07.12).

São Paulo, 30 de julho de 2012.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE IVAN RICARDO GARISIO SARTORI.

PEÇO LICENÇA PARA, NA PESSOA DE VOSSA EXCELÊNCIA, SAUDAR AS AUTORIDADES AQUI PRESENTES, JÁ NOMINADAS.

MEUS SENHORES, MINHAS SENHORAS.

AGRADEÇO A GENTILEZA DAS PALAVRAS DO EMINENTE DESEMBARGADOR JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, QUE FALOU EM NOME DESTE TRIBUNAL.

AGRADEÇO AOS COLEGAS EMPOSSADOS PELA ESCOLHA PARA FALAR NESTA CERIMÔNIA DE POSSE E ESPERO REFLETIR, EM LINHAS GERAIS, O SENTIMENTO DE TODOS.

SENHOR PRESIDENTE: RENOVAMOS, NESTA DATA, O COMPROMISSO DE TRABALHAR COM DEDICAÇÃO E SERIEDADE E TENTAR VENCER O ANGUSTIANTE DESAFIO DE PRODUZIR CADA VEZ MAIS, SEM COMPROMETER A SEGURANÇA E A JUSTIÇA DESSES

JULGAMENTOS.

EMOCIONADOS COM ESTA "CONSAGRADORA HONRARIA" CONCEDIDA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, NAS PALAVRAS DO NOSSO QUERIDO POETA PAULO BONFIM, AGRADECEMOS A TODOS AQUELES QUE NOS AJUDARAM NESSE CAMINHO: PAIS, FILHOS, FAMILIARES, AMIGOS, PROFESSORES, ADVOGADOS, PROCURADORES DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS, DEFENSORES PÚBLICOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA COM QUEM TRABALHAMOS, FUNCIONÁRIOS DESTE TRIBUNAL, COLEGAS DE TRABALHO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA E DESEMBARGADORES QUE NOS RECEBERAM DE FORMA FRATERNAL.

AGRADECEMOS AOS INTEGRANTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL E DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, PELA CONFIANÇA QUE NOS FOI DEPOSITADA.

FAÇO UM AGRADECIMENTO ESPECIAL À MINHA ESPOSA CLAUDIA, FONTE DA MINHA ALEGRIA E, REPRESENTANDO OS COLEGAS HOJE HOMENAGEADOS, UM AGRADECIMENTO ÀS SUAS RESPECTIVAS ESPOSAS, AQUI PRESENTES, COMPANHEIRAS SEM AS QUAIS NADA SERIA POSSÍVEL.

REFLETINDO SOBRE O QUE DIZER, NUM MOMENTO COMO ESSE, DE CHEGADA, LEMBREI-ME DE UM MOMENTO OPOSTO, DE PARTIDA.

É TRADIÇÃO DESTE TRIBUNAL E DE SEUS MEMBROS A PRESTAÇÃO DE UMA HOMENAGEM AO COLEGA QUE SE APOSENTA. TRATA-SE DE CERIMÔNIA SINGELA, EM REGRA REALIZADA POR OCASIÃO DA ÚLTIMA SESSÃO DE JULGAMENTO DA QUAL PARTICIPARÁ O HOMENAGEADO. ENQUANTO A CERIMÔNIA DE CHEGADA DOS NOVOS DESEMBARGADORES É SOLENE E FESTIVA, A DESPEDIDA É MAIS SIMPLES, POIS TALVEZ REFLITA A TRISTEZA DO AFASTAMENTO.

EM DETERMINADA OCASIÃO, SAINDO DE CASA PARA PARTICIPAR DE UMA DESSAS "SESSÕES DE DESPEDIDA", UMA FOTOGRAFIA PUBLICADA NO JORNAL DESPERTOU MINHA ATENÇÃO.

UM JOGADOR DE FUTEBOL, APÓS MARCAR UM GOL, CORRIA EM DIREÇÃO À TORCIDA DE SEU TIME. A FOTOGRAFIA MOSTRAVA A REAÇÃO DOS TORCEDORES: HOMENS, MULHERES E CRIANÇAS NUMA EXPLOSÃO DE ALEGRIA, FELICIDADE E EMOÇÃO.

A FOTOGRAFIA ME LEVOU A PENSAR QUE AQUELE COLEGA QUE NAQUELE DIA PARTICIPARIA DE SUA ÚLTIMA SESSÃO DE

Acesso ao Sumário

JULGAMENTO, COMO MAGISTRADO, PROVAVELMENTE JAMAIS HAVIA PRESENCIADO, COMO RESULTADO DE SEU TRABALHO, UMA CENA SEMELHANTE ÀQUELA, INVEJÁVEL PELA ALEGRIA PRODUZIDA.

AQUELES QUE, COMO NÓS, MAGISTRADOS, ADVOGADOS, PROCURADORES DO ESTADO, PROMOTORES DE JUSTIÇA, PARTICIPARAM DE MILHARES DE AUDIÊNCIAS, AO LONGO DESSAS DÉCADAS DE TRABALHO, SABEM QUE AS REAÇÕES DAS PARTES E TESTEMUNHAS NORMALMENTE SÃO OUTRAS: TRISTEZA, MEDO, TIMIDEZ, RAIVA, DESÂNIMO, ÓDIO E, POR VEZES, UMA DISCRETA ALEGRIA.

EVIDENTEMENTE, NÃO É POSSÍVEL COMPARAR O ESPORTE E O LAZER COM A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

É COMPREENSÍVEL QUE A ATIVIDADE DO JUIZ, PELA SUA PRÓPRIA NATUREZA, NÃO PROVOQUE AS MESMAS REAÇÕES MOSTRADAS POR AQUELA FOTOGRAFIA.

NA VERDADE, O ATO DE JULGAR ESTÁ RELACIONADO, EM GRANDE PARTE, AO ATO DE NEGAR.

ABORDANDO APENAS UM DOS ASPECTOS DESSA ATIVIDADE, DE FORMA SIMPLES E DESPRETENSIOSA, CONVÉM FAZER UMA INDAGAÇÃO.

QUANTAS VEZES, AO LONGO DA CARREIRA, O JUIZ É FORÇADO A DIZER 'NÃO'?

NÃO AO AUTOR; NÃO AO RÉU; NÃO A AMBOS; NÃO AO ADVOGADO OU AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

E É FORÇOSO RECONHECER QUE NÃO SE TRATA DE UMA NEGATIVA RÁPIDA. EM REGRA, TRATA-SE DE UM 'NÃO' DEMORADO, POR VEZES TARDIO, CUSTOSO E PROVISÓRIO, SUJEITO AINDA A UM 'NÃO' DE UMA INSTÂNCIA SUPERIOR.

O PADRE ANTÔNIO VIEIRA, NUM DE SEUS SERMÕES, NOS DÁ UMA PRECIOSA EXPLANAÇÃO SOBRE O SIGNIFICADO DA PALAVRA 'NÃO'.

EM POUCAS PALAVRAS, AFIRMA QUE: "TERRÍVEL PALAVRA É UM NON. NÃO TEM DIREITO NEM AVESSO: POR QUALQUER LADO QUE O TOMEIS, SEMPRE SOA E DIZ O MESMO. LEDE-O DO PRINCÍPIO PARA O FIM, OU DO FIM PARA O PRINCÍPIO, SEMPRE É NON. (...) POR QUALQUER PARTE QUE TOMEIS SEMPRE É SERPENTE, SEMPRE MORDE, SEMPRE FERE, SEMPRE LEVA O VENENO CONSIGO. MATA A ESPERANÇA, QUE É O ÚLTIMO REMÉDIO QUE DEIXOU A NATUREZA A TODOS OS MALES. NÃO HÁ CORRETIVO QUE O MODERE, NEM

ARTE QUE O ABRANDE, NEM LISONJA QUE O ADOCE. POR MAIS QUE O CONFEITEIS UM NÃO SEMPRE AMARGA; POR MAIS QUE O ENFEITEIS SEMPRE É FEIO; POR MAIS QUE O DOUREIS SEMPRE É DE FERRO. (...) PORQUE DIZER NÃO A QUEM PEDE, É DAR-LHE UMA BOFETADA COM A LÍNGUA. TÃO DURA, TÃO ÁSPERA, TÃO INJURIOSA PALAVRA É UM NÃO. (...) E SE UM NÃO É TÃO DURO PARA QUEM O OUVE, CREIO QUE NÃO É MENOR A SUA DUREZA PARA QUEM O DIZ; E TANTO MAIS QUANTO MAIS GENEROSO FOR O CORAÇÃO, E MAIS SOBERANO O ÂNIMO QUE O HOUVER DE PRONUNCIAR". (SERMÃO DA TERCEIRA QUARTA-FEIRA DA QUARESMA, ANTÔNIO VIEIRA, SERMÕES, EDITORA HEDRA, SÃO PAULO, 2003, PÁG. 250).

É NATURAL QUE O ATO DE JULGAR, EM PARTE ASSOCIADO À NEGAÇÃO DAQUILO QUE SE PEDE, PROVOQUE REAÇÕES MAIS CONTIDAS E MENOS ALEGRES.

NÃO TENHO A ILUSÃO DE QUE AS DECISÕES DESTE TRIBUNAL POSSAM PROVOCAR A MESMA ALEGRIA MANIFESTADA POR AQUELES TORCEDORES. MAS DESEJO QUE ESSAS DECISÕES, COM A PARTICIPAÇÃO DOS NOVOS DESEMBARGADORES, HOJE HOMENAGEADOS, LEVEM AOS JURISDICIONADOS A CRENÇA DE QUE HÁ JUÍZES EM SÃO PAULO E QUE SÃO PESSOAS HONESTAS, TRABALHADORAS, PREPARADAS E PREOCUPADAS COM A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

SENHOR PRESIDENTE: ESSE É O PERFIL DO NOSSO TRIBUNAL E ESSE O MOTIVO DO NOSSO ORGULHO, DE NELE INGRESSAR, AGORA NA CONDIÇÃO DE DESEMBARGADORES.

AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, QUE NOS RECEBEU COM UM 'SIM', O NOSSO AGRADECIMENTO.

AOS SENHORES E SENHORAS QUE NOS HONRARAM COM SUA PRESENÇA E ATENÇÃO, MUITO OBRIGADO.

VIVIANI NICOLAU

JOSÉ RENATO NALINI (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Marcelo Martins Berthe, Henrique Harris Júnior e Dimas Rubens Fonseca. (Sessão solene de 24.05.13)

Acesso ao Sumário

A renovação é a vida das instituições. Assim como as células do corpo são constantemente substituídas por outras, os organismos artificiais copiados da natureza precisam de alternância. Revigora-se hoje o Tribunal de Justiça com a chegada de três novos Desembargadores, os Doutores MARCELLO MARTINS BERTHE, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e DIMAS RUBENS FONSECA.

Três origens, três histórias de vida, três percursos que vão convergir no acesso ao sempre esperado e presumível derradeiro grau na carreira da Magistratura. Carreira que é a cada dia mais cobrada, mercê de uma excessiva busca de soluções judiciais. Os números da Justiça brasileira são patológicos. Não é crível que, em tese, toda a população do País esteja a litigar. Mas é isto o que as estatísticas evidenciariam, fizéssemos análise meramente quantitativa das demandas em curso.

A ascensão de Vossas Excelências ao Tribunal de Justiça de São Paulo ocorre em momento singular. Ainda há pouco, adiantava-nos o Dr. Alexandre dos Santos Cunha, do IPEA, que já existem parâmetros para que se vislumbre uma estabilidade na busca do Judiciário. Por enquanto, não sentimos esse freio, senão uma acelerada procura por soluções judiciais seguras e céleres.

Se em tempos idos o Desembargador era a figura inatingível e distante em sua toga heráldica, a percorrer corredores silenciosos deste Palácio, hoje é prioritariamente um obreiro, do qual se exige produtividade. O constituinte, com a Emenda 45/2004, substituiu a segurança pela produtividade como critério informador do mérito do juiz para promoção. O vocabulário da Justiça é outro em tempos de judicialização de todas as questões e de conversão do mundo em que vivemos num esboço de imenso Tribunal. Hoje se cobram planilhas, escopos, aceleração, decisões padronizadas e urgentes. Foi-se o tempo da meditação, da ponderação, da minuciosa análise para a outorga da resposta mais segura. Foca-se agora o resultado. O mundo tem pressa e o trôpego andar da Justiça não é mais tolerado por uma sociedade que imprimiu um ritmo veloz a todas as suas atividades.

Acesso ao Sumário

Isto é ruim? Ou sinal dos tempos que temos de enfrentar? Como em quase tudo na efêmera passagem de cada ser humano sobre a Terra, há vários aspectos a serem observados. A pressa intensificada que se reclama agora, para a jornada que então se inicia para os Desembargadores empossados, é compensada pela experiência de homens que iniciaram o mister de magistrado há pelo menos um quarto de século. Não sem antes haverem passado por outras experiências profissionais, na área jurídica e fora dela. São três Juízes prontos e em estágio ideal de aprimoramento. Exerceram jurisdição múltipla. Peregrinaram por Itapetininga, Lorena, Porto Feliz, Moji Mirim, Auriflama, Salto, Taubaté, Itaporanga e Caçapava, antes de chegarem à capital.

MARCELLO MARTINS BERTHE, além de ser um erudito conhecedor do especialíssimo Direito Registário, foi recrutado a exercer atividades junto ao Conselho Nacional de Justiça. Dele provieram parâmetros pioneiros e sábios para a verdadeira reforma do Judiciário. Junto ao STF mostrou discernimento, maturidade, tirocínio e coragem. A justiça bandeirante recebe com ele um evidente salto qualitativo. Até porque é um ser em que, à excelente formação técnica, as virtudes se acrescentam e coroam seus inúmeros talentos. E melhor do que ser um bom juiz, é ser um bom ser humano.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR militou por muito tempo numa área sensível que é a acidentária. Teve contato direto com a fragilidade humana, com as misérias de um sistema arcaico e deficiente, muito distante de vazio ufanismo que propõe se considere o Brasil o melhor dos mundos. Ainda restam muitas mazelas e de vária ordem, a serem sanadas. Também atuou na Justiça Eleitoral, exemplo brasileiro para o planeta, onde se exercita a Democracia, mas também onde transparecem os conchavos, as falsidades, as patologias do egocentrismo e as traições. Posso testemunhar o seu empenho pessoal em sempre adquirir novos conhecimentos, a sua jovialidade, o seu bom humor, a sua simplicidade simpática, suficiente a torna-lo um homem muito querido.

DIMAS RUBENS FONSECA, o único do trio que não é paulistano, eis que nasceu na aprazível Paraibuna, chegou a ser Promotor de Justiça em Minas e em São Paulo, antes de ingressar na Magistratura. Depois da permanência no interior, militou na esfera mais nevrálgica dentre aquelas enfrentadas pelo juiz: o território da família, num dos espaços de maior carência da megalópole: o Foro Regional de São Miguel Paulista. Exercente do magistério superior, teve oportunidade de colocar a teoria em prática, fruto do estudo contínuo, na fria realidade dos dramas que envolvem as separações, as guardas de filhos e outras catástrofes da dissolução dos valores, quando se enfrenta a fragilização judicial do que deveria ser núcleo de amor.

O mais importante, em relação aos três novos Desembargadores, é que não se mostra necessário adverti-los de que a promoção é um ônus, muito mais do que um bônus. Conhecem e vivenciam as vicissitudes de um mister que enfrenta adversidades e que longe está de satisfazer a todas expectativas. Julgar é um sacrifício. Julgar desgasta. Julgar angustia. O processo é um campo minado onde a verdade muita vez se esconde, graças ao talento direcionado à obtenção de resultados conduzidos por interesses de variada proveniência. Interesse econômico, interesse do poderio, interesse da vaidade. Nem sempre esses interesses coincidem com os pretendidos pelo ideal utópico da justiça.

Justamente por isso, não é necessário adverti-los de que se deva julgar com o coração, além do tecnicismo normativo. Aproximar os cipoais e meandros jurídicos da solução que a consciência ditar como a mais próxima à falível justiça humana. Continuar a cultivar a humildade. Ter presente que a vaidade é

cada dia mais ridícula para todos nós, transitórios detentores de autoridade, pois a autoridade está a serviço do povo que a remunera, não existe para satisfazer a própria volúpia de reconhecimento. A Justiça caminha por novas trilhas, a informatização é irreversível, o espaço eletrônico tornará o suporte papel em breve superado. Cabe-nos extrair das tecnologias o que elas puderem oferecer para pacificar o convívio. Mas o homem continua e continuará a ser o mesmo. E é preciso a cada dia domar o gene insaciável que reside em cada consciência e que tende a fazer de nós, munidos de uma partícula de poder, nos considerarmos superiores aos demais.

Vivemos num país de iniquidades, onde a injustiça é flagrante – está a poucos passos de nossos olhos, na sua versão explícita – mas na sua forma implícita pode estar muito mais próxima do que se pensa. Exige-se muito e a cada dia mais de todo magistrado, de todo servidor, de cada um dos múltiplos integrantes deste enorme complexo denominado Justiça Humana. Cumpre a cada um de nós torna-la realmente humana, humanizada e humanizante.

Esse o chamado que os meus queridos amigos MARCELLO MARTINS BERTHE, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e DIMAS RUBENS FONSECA receberam há quase três décadas e que hoje os conduz a este pórtico, onde acresce a responsabilidade, onde avulta a expectativa dos jurisdicionados e de toda a comunidade a cujo serviço se preordena o Poder Judiciário.

Os ditosos filhos do saudoso LUIZ CARLOS BERTHE e de D. AMARILIS GODOY MARTINS BERTHE, de HENRIQUE HARRIS e D. VANICIA HARRIS e de FRANCISCO SALES FONSECA e d. MARIA APARECIDADE DE ANDRADE FONSECA chegam a este umbral providos de todos os méritos e revestidos da esperança que neles depositamos todos os que os respeitamos, admiramos e estimamos. Representam o exitoso resultado do sólido investimento de seus pais, acalentado no convívio dos familiares genéticos ou adquiridos, que formam esse núcleo imprescindível chamado a ser célula do amor.

Caríssimos colegas, nobres magistrados hoje solenemente alçados à Desembargadoria:

Estais prontos e preparados. Assumi o lugar e as responsabilidades que vos foram confiadas. Somos testemunhas de vossos méritos. Acreditamos em cada um de vós! O povo clama por Justiça. Vós podeis e sabeis propiciá-la. Sede muito bem vindos! Deus vos abençoe.

Acesso ao Sumário

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR (Juiz de Direito)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome e em nome dos demais empossandos. (Sessão solene de 24.05.13).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades aqui presentes.

Senhores e senhoras presentes.

Meus queridos familiares.

Inicialmente, gostaria de agradecer a gentileza dos meus colegas, Desembargadores Marcelo Martins Berthe e Dimas Rubens Fonseca, ora empossandos, que me facultaram fazer o uso da palavra.

Agradeço, ainda, a confiança em nós depositada pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que possibilitaram essa ascensão ao elevado cargo de Desembargador deste Colendo Tribunal.

Ao aceitar discursar em nome dos empossandos, acreditei que a tarefa não seria difícil, pois, ao presidir as últimas eleições municipais da Capital, havia diplomado o Prefeito e os Vereadores em cerimônia de grande magnitude na Sala são Paulo. No entanto, não sabia que a emoção no presente caso me tomaria de tal forma que cheguei a temer não conseguir terminar o compromisso assumido.

Ao atingir tão elevado degrau da carreira me vem à memória o jovem recém-aprovado que compareceu nessa sala para a solenidade de posse como juiz substituto em maio de 1987.

Dois anos depois, compareceria novamente para a Solenidade de Vitaliciamento e, inocentemente, acreditava que, de quando em quando, esses fatos se repetiriam.

Mal sabia que o novel Magistrado que seriam necessárias mais de duas décadas para aqui retornar, talvez pela última vez como protagonista, para assumir aquele que lhe parecia um sonho inatingível que era o cargo de Desembargador.

Como bem disse o Desembargador Marcelo Martins Berthe na posse singela junto à Presidência, o tempo parece que não passou, pois a função foi exercida com leveza e não como um fardo, em verdadeira harmonia com a vida.

A invocação desse momento também foi muito bem sintetizada pelo Desembargador Dimas Rubens Fonseca naquela mesma oportunidade, segundo o qual a emoção de ser nomeado ao cargo de Desembargador faz com que seja difícil traduzir em palavras os nossos verdadeiros sentimentos.

Acesso ao Sumário

Mas esse momento não teria sido possível sem a dedicação de todos os funcionários que também possibilitaram a nossa ascensão ao elevado cargo de Desembargador, pois somos testemunhas de sua dedicação e nessa oportunidade agradecemos a todos com quem tivemos oportunidade de conviver desde a posse como Juiz Substituto até o presente momento.

Também nesse momento de reconhecimento, deve ser destacado o papel dos advogados que sempre exerceram sua nobre função com combatividade, assim como os dedicados representantes do Ministério Público, com os quais nos deparamos no curso de nossas carreiras e que possibilitaram a efetiva realização da Justiça.

Um especial agradecimento a todos os colegas Magistrados com os quais tivemos o prazer de conviver e com quem pudemos compartilhar a responsabilidade do ato de julgar e as repercussões de nossos julgamentos.

Sabemos o desafio que temos pela frente mas, com a mesma disposição daquele juiz substituto, agora moldado pela experiência acumulada ao longo dos anos de atividade jurisdicional, nos comprometemos a dar o melhor de nós para a realização da Justiça, agora no âmbito do Segundo Grau de Jurisdição.

Nessa oportunidade, relembro que a razão de ser do Judiciário é a crença absoluta na supremacia da legalidade democrática, como única experiência histórica capaz de, a despeito de sua imperfeição, assegurar, no aprendizado contínuo do respeito mútuo, a dignidade e a promoção da pessoa na sua autonomia ética, isto é, considerada como um fim em si mesmo e, por isso, sujeito da sua história, que não pode ser instrumentalizada.

Chegamos ao elevado cargo de Desembargador depois de mais de duas décadas de esforços, que não foram realizados com o objetivo de alcançar algo, pois a grande recompensa dada ao magistrado é a satisfação do dever cumprido. É o esforço de que fala Ortega Y Gasset, que se compraz consigo mesmo. O esforço pelo esforço, independentemente das vantagens que possam dele resultar.

Acesso ao Sumário

O compromisso que prestamos hoje não é um compromisso formal, imposto pelas exigências do positivismo jurídico; é mais um voto de fidelidade imposto pela consciência em verdadeira profissão de fé que renovamos dia-a-dia em cada ato de nossa vida pública e particular, pois sabemos que, quem não é fiel no mínimo, não será fiel no máximo.

Encerrando essas breves palavras, gostaria de lembrar de nossos entes queridos que, embora tenham acompanhado o início de nossa jornada, não estão mais presentes para assistir o êxito das semente por eles plantadas. A todos os nossos ancestrais, nossos agradecimentos pela nossa existência.

Aos familiares e amigos presentes nosso muito obrigado por compartilharem esse momento único em nossa vida e tenham certeza que não

teria sentido tal honraria se não pudéssemos compartilhá-la com todos aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta para esse momento e que tem especial significado para cada um de nós, como bem sabem.

Por último, relembro que a crença na realização da Justiça presente desde a nossa posse como Juiz Substituto e reiterada em todos os atos da nossa vida judiciária não me fazem esquecer as palavras de Santo Agostinho:

"Ter fé é acreditar no que não vemos e a recompensa disso é termos aquilo que cremos".

A todos os presentes, meu muito obrigado.

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Carlos Henrique Abrão, Erson Teodoro de Oliveira, Antonio Mário de Castro Figliolia e José Luiz Germano. (Sessão solene de 11.06.13)

Excelentíssimo Senhor Desembargador IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, DD Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em cujo nome peço licença para saudar todas as autoridades cuja presença abrilhanta este ato;

Caríssimos amigos, companheiros de trabalho e também de caminhada na senda da Justiça;

Empossandos e seus familiares;

Senhoras e Senhores;

Serventuários da Justiça:

Foi com grande satisfação e sentimento de honra que recebi o convite para discursar na posse solene de quatro brilhantes Magistrados, elevados agora ao ápice da carreira, ao cargo de Desembargador desta E. Corte da Justiça Paulista.

Tal incumbência, justamente por conhecer os homenageados – se não a todos por vínculos de afeto e amizade, ao menos pelo acompanhamento de suas atividades judicantes e jurídicas – deixou-me tranquilo, por saber tratar-se de pessoas merecedoras de alta consideração e do maior respeito.

Todos os quatro homenageados, hoje solenemente empossados Desembargadores, exerceram incansavelmente seu mister nas mais diversas Comarcas do Estado – no interior e também na Capital – por anos a fio, promovendo a Justiça (com a inicial maiúscula), tão desprestigiada nos dias

atuais.

Nesta época de pós-modernidade ou, na classificação de Zigmunt Bauman, da Modernidade Líquida, nossos valores mais básicos perdem a solidez de outrora. O chamado relativismo axiológico vem ganhando – sinistra e silenciosamente – terreno entre nós. Toda a permissividade é, por um lado, louvada e toda regra ou imposição de limites é, por outro, questionada e atacada. A resignação e a tolerância e, porque não dizer, a indiferença com relação às injustiças que atingem aos outros, e não a nós, também são percebidas na sociedade, se a examinarmos com um olhar mais arguto. Tal estado de coisas é, no meu humilde ponto de vista, o prenúncio da anomia, estado de caos generalizado, que devemos não apenas temer, como, principalmente, evitar.

Uma das últimas fortalezas a resistir a essa avalanche é justamente o Direito e, com ele, a instituição que o corporifica: o Judiciário.

Fico, por isso, feliz em saber que, nessa batalha diária, contínua e incansável, cerrarão fileiras conosco, aqui na Segunda Instância, pessoas do naipe de CARLOS HENRIQUE ABRÃO, ERSON TEODORO DE OLIVEIRA, ANTONIO MARIO DE CASTRO FIGLIOLIA e JOSÉ LUIZ GERMANO.

Apenas para possibilitar a avaliação das qualidades de nossos homenageados, farei uma rápida apresentação de cada um deles, obedecendo como é de praxe neste E. Tribunal, a ordem de antiguidade. A esse respeito, e em prol da economia de tempo, peço vênia para destacar apenas alguns pontos dos extensos currículos dos empossandos:

CARLOS HENRIQUE ABRÃO ingressou na Magistratura em 1987. Leciona na Escola Paulista da Magistratura. É doutor em Direito pela USP e tem especializações no exterior. Membro da Comissão Legislativa da Reforma da Lei de Falências. Recebeu, em 2007, a Comenda do Mérito Judiciário Itamaraty-Rio Branco. É autor de inúmeras obras jurídicas, muitas delas referência na área, além de centenas de artigos publicados em revistas jurídicas especializadas e conceituadas, a demonstrar o nível de excelência desse nosso novo par. Atua como Juiz Substituto de Segundo Grau desde 2009.

Acesso ao Sumário

ERSON TEODORO DE OLIVEIRA, natural de Barbosa, Estado de São Paulo, nasceu em 1953, formando-se em Direito na PUC de Campinas, turma de 1978. Ingressou na Magistratura em 1985, tendo exercido suas funções judicantes em Campinas, José Bonifácio, São Roque e também nesta Capital. Desde 2008 ocupa cargo de Juiz Substituto de Segundo Grau.

ANTONIO MARIO DE CASTRO FIGLIOLIA é paulistano, nascido em 1959. Graduou-se pela Faculdade de Direito de Bauru, na turma de 1980. Tem especialização em Direito Empresarial e é Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, título obtido em 2009. Foi advogado antes de ingressar, em 1985, na Magistratura Paulista. Leciona na

Universidade Paulista – UNIP e também na Escola Paulista da Magistratura. Exerceu a jurisdição em General Salgado, Mogi Mirim, Campinas e, nesta Capital, em Santo Amaro. Tem diversos trabalhos publicados. Atua nas Câmaras de Direito Privado deste E. Tribunal. Antonio Mario é, ainda, representante do Tribunal de Justiça de São Paulo, perante o CNJ no que respeita à formação e estruturação do quadro nacional de Juízes de Cooperação e, aqui em nossa Corte, lidera o Comitê de Uniformização e Padronização de procedimentos, tendo criado o já aclamado WikiTJ.

JOSÉ LUIZ GERMANO, igualmente paulistano, nasceu em 1962. É filho de imigrantes portugueses, cidadania que também ostenta. Graduou-se na PUC São Paulo, na turma de 1986. Ingressou na Magistratura com 24 anos de idade, tendo exercido a judicatura em Mogi das Cruzes, General Salgado, Jales e Guarulhos onde, Diretor do Fórum, promoveu pioneira iniciativa de informatização, há 20 anos. Desde 2009 ocupa o cargo de Juiz Substituto de Segundo Grau, com assento em Câmara de Direito Público. Juiz atuante e incansável, sempre procurou debelar seus acervos, cumprindo as metas impostas pelo CNJ. Figurou mais de uma vez entre os juízes mais produtivos da E. Seção de Direito Público. Já atuou no Magistério. Fala vários idiomas e tem um gosto especial, já no âmbito do esporte, pelo pedestrianismo. Até já participou de duas edições da São Silvestre (não revela que colocação obteve em tais ocasiões mas, brincadeiras à parte – liberdade que nossa amizade me permite tomar – noto que o efeito revela seu senso de desafio e do culto do axioma segundo o qual mens sana in corpore sano).

Vê-se, com facilidade, que nossos homenageados são pessoas altamente qualificadas. Juízes atuantes, incansáveis, sempre procurando promover a Justiça. Com criatividade, desenvolveram, cada um na sua área de atuação, trabalhos que fomentam novos progressos. Comprometidos com o ideal de Justiça, preparam – silenciosamente – o terreno para que as novas gerações possam colher seus frutos.

Quanto à capacidade já comprovada, não há dúvida que desempenharão seu mister em Segunda Instância com o mesmo preparo, eficiência e dedicação. Os jurisdicionados do Estado de São Paulo não terão dificuldade em neles reconhecer qualidades como preparo técnico, eficiência e probidade, de um lado, e cordialidade e humanidade, de outro.

Quanto a estas últimas qualidades, peço licença para prolongar-me um pouco:

Ao preparar-me para o desempenho da tarefa a mim atribuída, lembrei-me do pensamento de Pascal, segundo quem devemos, às vezes, julgar não com o espírito de geometria (seguindo a razão, fria e seca), mas com o espírito de finura (com o coração, com a emoção). Somos, afinal, humanos e como tais,

Acesso ao Sumário

falíveis por definição. Esse temperamento, no entanto, é necessário destacar, se deve fazer sem jamais descurar do devido respeito às leis vigentes, as quais juramos solenemente, mais de uma vez ao longo da carreira, cumprir e fazer cumprir.

A respeito desse espírito de finura pascaliano, não me parece despropositado mencionar uma lembrança que guardo do tempo em que frequentei os bancos da Universidade de Samford, na minha querida Birmingham, Estado do Alabama, cursando meu Mestrado. Próximo à biblioteca da Faculdade de Direito daquela Universidade há uma escultura emblemática e inspiradora (quem já lá esteve, dela lembrar-se-á facilmente): belíssima, trata-se da deusa da Justiça, Minerva, tal como a conhecemos pela tradição, com os olhos vendados, tendo a balança numa das mãos e a espada n'outra; mas bem atrás dela – eis a inovação genial do artista – há um Anjo, o da Misericórdia, como que suspenso no ar, parecendo sussurrar no seu ouvido "lembra-te de que são humanos".

Não pretendo com isso sugerir deva o julgador agir com brandura ou complacência perante a injustiça cometida. Apenas lembrar o dever de sempre considerar, como aliás, o determina a lei, a natureza específica de quem é julgado, para cumprimento da regra do suum cuique tribuere.

Não é necessário me alongue mais diante das reconhecidas qualidades de nossos homenageados, e aproveito o ensejo, bem à vontade que estou, e com o espírito leve e feliz, para, em nome de todos os membros desta E. Corte, dar solenemente as BOAS VINDAS a nossos novos pares.

JOSÉ LUIZ GERMANO (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 11.06.13).

Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Ivan Sartori, para não me alongar, pois só tenho 5 minutos, em sua quero saudar todas as autoridades aqui presentes, sejam elas integrantes do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Quero dizer da minha alegria em razão da posse que tomo no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O nosso Tribunal é o maior e um dos maiores do mundo. O grande desafio é torna-lo um dos melhores e mais eficientes do mundo. O trabalho é árduo, como vossa excelência bem sabe. É trabalho para várias gestões e para vários

presidentes, mas que está sendo muito seguramente conduzido por V. Exa. Só para citar um exemplo, em breve teremos avanços importantes na informatização, especialmente com a ampliação do processo eletrônico, a exemplo do que está acontecendo com os serviços de notas e de registros públicos.

A minha alegria se explica porque nesta mesma sala, há exatos 26 anos e 26 dias, ao lado de mais 61 jovens colegas, eu prestava o compromisso de bem desempenhar as funções de juiz substituto. Eu era praticamente um menino, com apenas 24 anos de idade, mas com a ingenuidade de quem tinha apenas 14 anos.

Hoje estou com exatos 50 anos de idade. Não sou velho, mas amadureci. O tempo levou a minha ingenuidade, levou a minha inexperiência, mas não me tirou o sonho com a justiça justa, que eu busco todos os dias tornar real.

Passei por inúmeras cidades, como Moji das Cruzes, Suzano, Ferraz de Vasconcelos, Itaquaquecetuba, São José dos Campos, Jacareí, Santa Branca, General Salgado, Votuporanga, Fernandópolis, Auriflama, Jales, Nhandeara, São José do Rio Preto, Catanduva, Araçatuba, Guarulhos, Taubaté e a Capital. Auxiliei com sentenças dezenas de Comarcas que nem sequer conseguiria nominar agora. Foram dezenas.

A partir de 2004 comecei a auxiliar em segundo grau, na condição de bagrinho, sem prejuízo de minha vara. Atuei no Primeiro Tribunal de Alçada Civil e depois nas seções de direito criminal e de direito privado, tanto no Direito Privado 1, no 2 e no 3. Ajudei a eliminar vários acervos, para cumprimento das metas do CNJ. Também terminei o acervo que herdei depois no direito público.

Os que me conhecem sabem que sempre fui muito devotado ao trabalho, até mesmo excessivamente, o que atrapalhou um pouco os meus estudos, recentemente retomados na área notarial e registral. O trabalho excessivo também atrapalhou relacionamentos pessoais e mesmo familiares.

Do fundo do meu coração agradeço aos meus amigos e familiares. Sem esse apoio de ordem emocional não há quem possa ser produtivo e feliz. O meu agradecimento especial vai para a minha esposa Cristiane, que bem sabe que o caminho da felicidade não é reto, mas repleto de curvas e desafios, que juntos aprendemos a superar. Completaremos bodas de prata em fevereiro próximo, se Deus quiser. A ela eu tributo meu maior amor. Só nós dois sabemos o significado que tem para nós o gesto tão rápido que foi a colocação do colar do mérito do Poder Judiciário.

Agradeço aos meus filhos, que me enchem de orgulho por todas as suas qualidades, especialmente a honra. Ambos trilham os caminhos do direito. Guilherme está prestes a se formar e Gustavo está quase na metade do curso. A advocacia e os serviços de notas e registros púbicos haverão de contar com dois honrados profissionais, que espelham no pai e na mãe.

Acesso ao Sumário

Por falar em mãe, agradeço à minha mãe, aqui presente. Não preciso dizer que é um privilégio poder contar com a mãe viva e ativa, mesmo já tendo eu ingressado na maturidade. O meu pai aqui não está fisicamente, mas posso sentir a sua presença, cuja lembrança invoco, assim como a de outras pessoas queridas que já se foram, como minha irmã.

Aos meus irmãos de sangue, João e Luis, e aos meus amigos, que são os irmãos escolhidos também expresso a minha gratidão.

Agradeço a José Orestes de Souza Nery, que atendeu com grande generosidade um pedido meu, feito em 2009, de que me desse uma posse similar a esta, mas mais reservada, quando fui promovido de juiz de vara para juiz substituto de segundo grau. Naquela época, com meu pai doente, pedia a ele que me fizesse uma "pequena posse", pois temia que meu pai não pudesse estar entre nós no dia de hoje. A emocionante homenagem que ele prestou fez com que aquele momento fosse um dos dias inesquecíveis de minha vida. Muito obrigado, Nery.

A todos os meus amigos, familiares, colegas, servidores, meu pessoal de gabinete, meus colegas da área notarial e registral, da magistratura, da advocacia, do ministério público, o meu muito obrigado por terem se deslocado de suas casas, de seus locais de trabalho, de seus afazeres, para vir aqui me cumprimentar.

Ninguém chega a este púlpito sozinho. Por tudo isso, muito obrigado a todos vocês.

Como disse no início, a minha alegria hoje é imensa.

Alegria tive em todos os locais que trabalhei, como em General Salgado, Guarulhos, Taubaté e a Capital. Também na minha querida 2ª Câmara de Direito Público, onde conheci juízes exemplares. Agora na 14ª Câmara também me sinto acolhido e ao lado de grandes magistrados reafirmo o meu compromisso de servir à causa da justiça.

Finalmente, dou Graças ao Bom Deus que me permitiu chegar até aqui e realizar um sonho nutrido desde os tempos da faculdade de direito.

A todos, muito obrigado.

José Luiz Germano

Acesso ao Sumário

ERSON TEODORO DE OLIVEIRA (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 11.06.13).

DIRCURSO DES. ERSON DE OLIVEIRA

EXMO. SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DR. IVAN SARTORI

EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES,

EXMOS. SRS. JUÍZES DE DIREITOS E ADVOGADOS,

DD. AUTORIDADES,

SENHORAS E SENHORES

O Juiz de Direito, ao longo de sua carreira, passa por muitos momentos de realização e de grandeza. Seja no dia-a-dia de seu gabinete; seja no silêncio de seu trabalho noturno à luz de uma luminária; seja nos momentos de solenidades ou nos mais festivos encontros de congraçamento. São todos momentos de grandeza que marcam a vida profissional e pessoal do magistrado.

Nenhuma homenagem, no entanto, pode marcar mais a vida profissional do magistrado paulista, do que a cerimônia de sua ascensão ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É um momento de inegável realização profissional e pessoal, e um momento de expressivo orgulho.

Trata-se de uma cerimônia que simboliza tanto um momento de chegada como o instante da partida.

COMO PONTO DE CHEGADA, não é possível que se vivencie tamanha honraria, sem que nossa consciência nos incline à meditação sobre a longa jornada transcorrida desde a aprovação no concurso de ingresso à carreira. Foram quase trinta anos de esforço e dedicação à causa da Justiça. Mas quase trinta anos de muita realização pessoal.

Com efeito, minha geração de magistrado assistiu à renovação completa desse E. Tribunal de Justiça, desde o emprego dos primeiros computadores e de cuja disseminação podemos nos sentir precursores. Assistimos a extinção dos Tribunais de Alçada e a reestruturação das entrâncias.

Participamos dos primeiros grupos de Juízes Substitutos em Segundo Grau e da criação e instalação dos gabinetes, com assessores e escreventes. E agora atuamos como agentes da implantação dos julgamentos virtuais e das Câmaras de processamento de recursos eletrônicos. Estamos falando de toda uma vida, Sr. Presidente.

Mas todo esse esforço e dedicação não ficaram restritos à nossa pessoa unicamente. Ele se desenvolveu pela dedicação de uma grande equipe. Desse empenho e dessa abnegação, sem dúvida acompanhado de algum sofrimento,

Acesso ao Sumário

participou muita gente. Sem essa gente, sem essa guarida, não haveria como vencer o trabalho hercúleo e não sucumbir ao cansaço e talvez à desistência da luta.

A toda essa gente que direta ou indiretamente participou de minha carreira, que em síntese é o próprio resumo de minha vida, quero agradecer com grande efusão.

Primeiramente agradeço a toda a minha família, à qual inegavelmente subtraí momentos de solidariedade e de lazer.

Agradeço à minha esposa, Nadir, ao meu filho mais velho, Gabriel e ao meu filho mais novo, André. Foram eles os pilares mais sólidos que me sustentaram na vibrante e longa caminhada.

Não somente a eles eu agradeço, mas aos meus funcionários que me ajudaram durante todo o percurso, desde o início. Esse agradecimento eu expresso e torno público nas pessoas dos funcionários que hoje servem no meu Gabinete: à Daniela, à Patrícia, à Fernanda, à Mônica, ao Rogério e ao Ricardo.

Abro aqui um parêntesis, Sr. Presidente, para destacar que os funcionários do Poder Judiciário são o seu maior patrimônio.

Decorre daí a alegria e a satisfação de saber que na história recente deste E. Tribunal, nossos funcionários nunca receberam tanto a merecida atenção como estão recebendo hoje, pela administração de Va. Exa., Doutor Ivan Sartori.

Especial agradecimento dedico aos bons e velhos amigos de todos os dias e a todos os bons companheiros. Companheiros dos Fóruns, das Varas, das Câmaras. Porque sua presença sempre potencializou nossa alegria e nos ajudou a superar os instantes de esmorecimento.

MAS A ASCENSÃO AO CARGO DE DESEMBARGADOR É TAMBÉM O INSTANTE DE PARTIDA. Há um novo horizonte que se descortina à frente.

Para os operadores do direito da nossa geração, a geração sexagenária, talvez o futuro já tenha chegado; talvez nosso futuro seja hoje. O futuro mais longínquo pertence às novas gerações. Mesmo porque, no âmbito cível, já lidamos hoje com legislação nova e com sistema processual reformulado.

Ademais disso, o legislador instituiu, ao menos na área cível, a ERA DA JURISPRUDÊNCIA. O sistema vigente permite hoje que, em todas as entrâncias, o julgador decida de imediato um conflito, com base na jurisprudência inclusive por ele próprio formada.

Com efeito, como sabemos, o Direito se insere no mundo da cultura, não no mundo da ciência. Essa lição do emérito professor e filósofo MIGUEL REALI. Mas a cultura jurídica, por si mesma, não traduz justiça alguma. A justiça se traduz pela Jurisprudência, escreveu ele. Para se conhecer a Justiça de um povo basta que se conheça a jurisprudência de seus Tribunais, disse REALI.

Mesmo porque, como aprendemos nos bancos universitários, a jurisprudência é fonte objetiva de direito e, assim sendo, equipara-se à lei em seus comandos éticos.

Logo, se a ética que regula o comportamento social é previsível, previsível também há de ser a decisão judicial. Sem essa previsibilidade não se garantirá segurança e as soluções judiciais permanecerão sempre condicionadas a entendimentos individuais e isolados, afastados do princípio da certeza.

No entanto, Justiça é conduta; justiça é ato de certeza e de eficácia.

É assim que entendo o sentido e a prática da jurisdição neste E. Tribunal de Justiça. É com este lema que, modestamente, me oriento, à sombra dos grandes desembargadores que deixaram seu nome neste que é o maior e mais destacado órgão de Justiça do país.

Sr. Presidente Dr. Ivan Sartori, Srs. Desembargadores, Caros colegas, Senhores advogados, Senhoras e Senhores:

Quero parabenizar os ilustres colegas que compartilham comigo deste momento excepcional em nossas vidas. Por fim, quero expressar o quão engrandecido me sinto por compor esse Egrégio Tribunal de justiça do estado de São Paulo.

Muito obrigado.

CARLOS HENRIQUE ABRÃO (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 11.06.13).

Discurso – Solenidade de posse – 11/06/2013

Des. Carlos Henrique Abrão

Estimado Presidente Ivan Sartori, Colendo Conselho Superior da Magistratura, demais autoridades civis, militares e eclesiásticas, meus calorosos agradecimentos.

Hoje é um dia festivo e todos que tomam posse o fazem sabedores do dever cumprido.

Aos meus familiares, em especial à memória do saudoso pai Nelson Abrão, sempre vivo pelas suas lições, reverenciando a sua alma, amigos e demais convidados, fraternal abraço.

Aos prezados Erson, Germano e Figliolia, meus cumprimentos. Aos colegas especial consideração.

A generosa e bondosa mãe Yvette, minha singular e profunda admiração.

A brevidade do discurso protocolar não significa palavras ao vento, mas a profundidade da responsabilidade que o cargo traduz.

Estamos cônscios de nossos deveres e das transformações globais da sociedade, das crescentes reivindicações, das galopantes injustiças, do esgarçamento do tecido social, do comprometimento dos valores e do distanciamento da ética e da moral, proselitismo democrático que sucateia a liberdade e enaltece falsos valores.

A Justiça de hoje é o amor de ontem, o amor de hoje é a Justiça do amanhã. Uma gota de amor é mais que um oceano de inteligência.

Sabemos que o século XXI é aquele da modernidade da tecnologia e, ao mesmo tempo, da completa e total abertura do Judiciário Nacional, tantas e tantas vezes vilipendiado pelas más línguas ou apequenado pela imprensa marrom, que somente se engrandece nos pequenos deslizes, mas não enxerga ou não quer ver suas grandezas.

Não há caminho para a paz. A paz é o caminho, já dizia Gandhi. O fruto da Justiça será a paz e o produto da Justiça será o repouso e a segurança para sempre.

Quando decidimos abraçar o sacerdócio da Magistratura, o fizemos impelidos pelo sentimento imorredouro da Justiça, mas, ao mesmo tempo, sabedores das limitações e da falibilidade humana.

A Justiça sem misericórdia é insensível, a misericórdia sem Justiça é desonrosa.

Num mundo cada vez mais consumista e aquinhoado de bens materiais, o consumir significa o próprio existir. No entanto, a economia necessita de ética, a ética da caridade, a caridade da verdade.

Completamos mais um ciclo de nossa existência profissional, cujo mérito nos permite alcançar o topo da Corte Paulista, mas sempre com a mesma humildade, na direção do aprendizado cotidiano e na percepção patológica do processo como ferramenta que, por si só, não basta para uma sociedade revestida de injustiças e comprometida com valores éticos e morais que solapam ao interesse social autêntico e verdadeiro.

Não somos escravizados pela produção em escala que somente agrada aos amantes das estatísticas, mas conservamos o direito de pensar e ousamos ser imaginativos e criativos para minimizar graves distanciamentos entre a justiça virtual e aquela real, muitas vezes fruto de orçamentos mesquinhos e perversos, a latere do predicamento dogmático da autonomia do Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

É extremamente imprescindível para o engrandecimento institucional da Magistratura a incondicional união dos Juízes do Brasil, zelosos de suas funções e do sentimento social de plena democracia.

Com a união de todos os Juízes Paulistas, o Judiciário de hoje será, amanhã, o futuro dos nossos sonhos.

E, por nossa fé inquebrantável na Justiça, nosso respeito indelével e amor infinito.

E se nos fosse permitida a derradeira mensagem, concluo, não te perturbe. Nada te espante. Tudo passa. Deus não muda. A paciência tudo alcança. Quem Deus tem, nada lhe falta. Só Deus basta para que aceitemos de coração envaidecido o desafio de, a cada dia, fazer mais e melhor a JUSTIÇA.

Muito obrigado, de coração.

ANTONIO MÁRIO DE CASTRO FIGLIOLA (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 11.06.13).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ivan Sartori, mui digno Presidente do TJSP, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes. Meus prezados colegas Desembargadores Carlos Henrique Abrão, Erson Teodoro de Oliveira e José Luiz Germano. Meu querido padrinho, Desembargador José Orestes de Souza Nery. Senhoras e Senhores.

Depois de vinte e oito anos, finalmente chego ao ponto máximo da minha carreira – desembargador do TJSP. O coroamento de uma vida dedicada à magistratura que iniciei como juiz substituto em Araraquara, onde aprendi que um bom ambiente profissional é tudo e que muito mais importante do que o juiz, é a parte. Depois, como juiz de General Salgado, de Mogi Mirim e Campinas, onde acumulei amigos que homenageio na pessoa do saudoso Ricardo Fiore que nos deixou prematuramente. Em São Paulo, na Segunda Cível de Santo Amaro e na Quinta Cível de Santana. Como juiz substituto em 2º grau, trabalhei alguns meses na 24ª Câmara de Direito Privado e por cerca de quatro anos na 12ª Câmara de Direito Privado – onde fui muito feliz pelo convívio com os meus queridos amigos, os Desembargadores Ciro Facchini, José Reynaldo, Cerqueira Leite, Tasso Duarte de Melo, Sandra Galhardo Esteves – novamente Araraquara na minha carreira! – e o meu amigo e colega do Concurso 150 da Magistratura,

o Desembargador Jacob Valente.

Justiça seja feita, a minha formação começou no estágio com o Dr. Massami Yanagui e com a Dra. Aparecida em Bauru, depois, no escritório do meu saudoso e querido tio Marinho – advogado humilde, mas extremamente batalhador. Por fim, como advogado do escritório do Dr. Rubens Camargo Alves, junto com a Dra. Dalva (hoje desembargadora do TRT do Rio de Janeiro), com a Dra. Joze, dentre outros.

Devo mencionar a banca do meu concurso – os Desembargadores Milton Evaristo dos Santos, Oney Raphael e Alves Barbosa e o advogado Manuel Alceu Affonso Ferreira. Na entrevista disse a eles que caso não fosse aprovado eu tentaria novamente – felizmente, não foi necessário! -, pela forma positiva – sem pegadinhas! – como tratavam os candidatos. Era como se quisessem nos trazer para dentro da magistratura. Vinte e oito anos passados, renovo o reconhecimento público devido aos meus ilustres examinadores.

Seria injusto se não fizesse referência a tantos serventuários da justiça que comigo trabalharam e que a premência do tempo não permitirá nominar. Só digo que vocês estão sempre no meu coração.

O momento é de agradecimentos e de reminiscências. É de festa, enfim. Entretanto, o momento também é de alerta sobre os ataques que a magistratura vem sendo vítimas. Tristes agressões perpetradas por setores da imprensa que açulam levianamente a população contra nós, magistrados. As inverdades se multiplicam sem nenhum pudor e o povo fica enfurecido como se os juízes fossem um bando de ladrões, de parasitas do Estado, quando somos realmente os guardiões da nossa incipiente democracia. Senhor Presidente, a matéria mentirosa postada recentemente em tradicional periódico – objeto de contundente, mas necessária, resposta de Vossa Excelência – dá bem a medida do abuso praticado por parte da imprensa. E paradoxalmente, Senhor Presidente, apesar de injustamente atingidos, somos nós os garantidores da liberdade de imprensa, em extensão outrora inexistente em nosso país!

Acesso ao Sumário

Mais triste ainda é verificar que provém do próprio seio da magistratura parte desses ataques levianos e dessas generalizações perigosas que nos colocam no mesmo patamar daqueles poucos que não são dignos de serem chamados de juízes. Quem não se lembra da expressão "bandidos de toga", lançada para deleite dos que "querem ver o circo pegar fogo"? Certamente, manifestações desse tipo não contribuem para a solidificação do Estado Democrático de Direito, porque colocam dúvidas sobre a seriedade não de um ou de outro magistrado, mas sobre o Poder Judiciário como um todo. Por extensão, colocam dúvidas sobre o próprio regime democrático e isso, Senhoras e Senhores, é terreno fértil para que semeiem os saudosistas dos regimes fortes de passado recente. Fica aqui o alerta, para que não esmoreçamos na defesa do Poder Judiciário e da magistratura de

forma geral – defesa da qual não tem descuidado o Desembargador Presidente, nem a cúpula do nosso TJSP.

Para encerrar, devo voltar às amenidades.

Tenho o prazer de compartilhar esse momento único da minha vida com tantos parentes, amigos e colegas queridos e novamente o tempo me impede de nominá-los. Entretanto, é impossível não me referir à minha amada esposa e madrinha, a Juliana, bem como aos meus filhos – luzes da minha existência – o Alexandre Antônio e a Ana Luísa, minha princesa. Para vocês, peço desculpas pelos momentos de convivência que não tivemos por causa dos processos de final de semana. E tenho que agradecê-los pelo apoio e principalmente porque, ao longo desses anos, por compreensão, vocês nunca reclamaram de nada – vocês sabiam que eu estava trabalhando porque tinha que trabalhar.

Por fim, agradeço àqueles que a vida prematuramente me tirou, mas que, mesmo assim, tenho certeza que em espírito estão presentes. Agradeço a Ely, minha querida madrasta que ainda está entre nós fisicamente, mas que já não sabe disso, porque o mal de Alzheimer tirou totalmente a sua consciência. Agradeço aos meus pais – Dilair e Melytha – que já partiram há tantos anos, mas que, tenho certeza, onde quer que estejam, hoje estão orgulhosos porque sabem que ao longo de quase três décadas de magistratura seu filho procurou não simplesmente dizer o direito, mas fazer JUSTIÇA ÀS PARTES. Que todos me iluminem na continuação dessa tarefa.

MUITO OBRIGADO.

RÉGIS DE CASTILHO BARBOSA (Desembargador)

Carta de aposentadoria dirigida ao Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Órgão Especial

Eminentes integrantes do Poder Judiciário, aqui presentes, incluindo também Ministério Público e Classe de Advogados - entre os quais Procuradores dos Entes Públicos -, sem discriminação ao Corpo de Servidores Públicos, tanto do âmbito judicial quanto administrativo, Entidades Representativas (AMB e APAMAGIS) e todos, enfim, na pessoa do nosso atual Exmo. Presidente, aqui presente, Dr. Renato Nalini, a quem devoto todo respeito, admiração e

comunicabilidade (colocando-me sempre à disposição para colaboração), a finalidade é meramente de despedida neste ano da minha compulsória.

E com pequena antecipação - não aguardando o dia de meu aniversário - em razão principalmente de alguns problemas de saúde.

Restrinjo-me a lições adequadas de personalidades da área: "Falhas podem existir, aqui ou ali, como em todos os serviços e atividades estatais, mas não a ponto de comprometerem o bom nome e prestígio" (Frederico Marques); "Conhecer leis, a dura obrigação da Justiça" (Arruda Campos); e como, em função da proliferação legislativa do mundo atual que, pela agilização da comunicação (internet), não se tem noção segura do que será amanhã (mas tudo sem prejuízo de admitirmos aspectos positivos).

Em função dessa agilização, sabemos que dificuldades em todos os setores existem mundialmente, o que - para nós, brasileiros - facilita o enfrentamento e humaniza a "frieza técnica" de todo contexto.

Enfim, com o passar do tempo, apreende-se e passa a valer o princípio da razoabilidade, pois ninguém é perfeito.

Agradeço, nesta minha atividade profissional, a colaboração da minha ex-esposa Fernanda (já falecida) e de meus filhos Regis Filho e Viviana.

Mantenho-me sempre à disposição dos colegas e amigos, principalmente à composição do E. Conselho Superior da Magistratura, desejando positivos resultados.

Obrigado por tudo.

JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI (Desembargador)

Carta de aposentadoria dirigida ao Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

GERAÇÕES DE MAGISTRADOS

Senhor Presidente. Caros Desembargadores e Amigos.

Se caírem algumas lágrimas, podem ter certeza, não serão de tristeza, mas de emoção, gratidão e alegria.

Depois de 44 anos de Magistratura, 20 anos somente neste querido

Tribunal de Justiça, está chegando o momento de me despedir da toga.

Receberei minha última promoção na Magistratura, promoção para a aposentadoria, e passarei a viver a derradeira fase da minha existência, que, certamente, como as fases anteriores, será muito feliz.

Para tornar-me Juiz, seguramente recebi a influência de meu avô, JOÃO MARCELINO GONZAGA, e de meu pai, JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI.

Mas, quero dizer a todos, com muito orgulho, que na realidade eu sou a 6ª geração de Magistrados na família.

Então, peço-lhes permissão e paciência para contar alguma coisa de minha família.

Essas informações foram extraídas da seguinte fonte: "Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo sob o Ponto de Vista Genealógico", de FREDERICO DE BARROS BROTERO, com aditamentos de A. SILVA LEME, publicação de 1944.

1ª GERAÇÃO.

Meu tetravô ou tataravô materno, JOÃO BERNARDINO GONZAGA, nascido em 5 de abril de 1781, foi nomeado Vogal do Conselho Supremo Militar, primitiva denominação do Supremo Tribunal Militar, por decreto de 25 de agosto de 1836.

2ª GERAÇÃO.

Meu trisavô JOÃO MARCELINO DE SOUZA GONZAGA, nascido em 31 de março de 1822, foi Juiz Municipal do termo de Pindamonhangaba, Juiz de Direito da 1ª Comarca da província de São Paulo e, por decreto de 15 de setembro de 1859, foi nomeado Juiz de Direito da comarca de Taubaté, onde integrou comissão da Câmara Municipal local que teve por objetivo felicitar Sua Majestade o Imperador pelo seu feliz regresso da campanha do Rio Grande do Sul à Capital do Império.

3ª GERAÇÃO.

Meu bisavô JOÃO BERNARDINO CÉSAR GONZAGA exerceu as funções de Juiz de Direito Substituto na 2ª Vara da Capital, de onde, por decreto de 20 de junho de 1879, quando nosso Tribunal de Justiça contava com 5 anos de existência (já que recentemente completou 140 anos), saiu despachado para

Guaratinguetá, e posteriormente, por decreto de 17 de dezembro de 1881, foi nomeado Juiz de Direito de Iguape, onde nasceu meu avô materno JOÃO MARCELINO GONZAGA. Depois, por decreto de 11 de novembro de 1891, meu bisavô JOÃO BERNARDINO CÉSAR GONZAGA foi nomeado pelo dr. Américo Brasiliense, então Presidente do Estado, para exercer o cargo de Juiz Municipal em um dos termos judiciários criados no Estado de São Paulo, nomeação esta depois anulada pelo Vice-Presidente Cerqueira Cesar, para contemplar afeiçoados do novo regime republicano. Mais tarde, justiça se fez ao Magistrado destituído, dada a condenação da Fazenda do Estado a pagar-lhe os vencimentos a que fizera jus desde seu injustificado afastamento. Meu bisavô serviu ainda, como Magistrado, em Tietê e, por decreto de 21 de março de 1916 foi autorizado a fazer permuta com colega de Santa Isabel, para logo em seguida aposentar-se, em 1916.

4ª GERAÇÃO.

Meu avô materno, JOÃO MARCELINO GONZAGA, nascido em Iguape em 7 de agosto de 1892, depois de exercer as funções de Delegado de Polícia em Itararé e de Advogado em Taquaritinga, terra de minha avó e onde nasceu minha mãe, decidiu concretizar a predileção que sempre manifestara pela Magistratura. Submeteu-se a concurso e, por decreto de 17 de abril de 1923, foi nomeado Juiz Substituto do 6º Distrito Judicial, com sede em Campinas, de onde conseguiu remoção para igual cargo no 1º Distrito, com sede na Capital. Posteriormente judicou nas comarcas de Apiaí, Pirajuí, Mogi Mirim, de onde foi promovido para a recém-criada 7ª Vara Cível da Capital. Finalmente, por decreto de 11 de maio de 1935, quando tinha apenas 43 anos de idade, atingiu o pináculo da carreira, nomeado Desembargador da Corte de Apelação, com assento na 3ª Câmara. Após haver exercido neste Tribunal os cargos de Corregedor Geral (48/49), de 2º e 1º Vice-Presidente (biênios 1954/1955 e 1956/1957) e Presidente (1958/1959), e a poucos meses de sua aposentadoria, ocorrida em 11 de março de 1961, meu avô foi alvo de magnífica e significativa homenagem nesta Corte pelo transcurso de seu jubileu de prata como magistrado de 2ª Instância. Por mais de 25 anos foi Desembargador deste Tribunal de Justiça!

5ª GERAÇÃO.

JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI.

Meu avô JOÃO MARCELINO GONZAGA teve 5 filhos, 4 mulheres e 1 homem, João Bernardino Gonzaga. O desejo de meu avô era que seu único

filho homem seguisse a carreira da Magistratura. Entretanto, influenciado pelo tio Basileo Garcia, João Bernardino Gonzaga revelou pendor para a Advocacia e para o ensino do Direito Penal. Com o casamento dos meus genitores, meu pai JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI, então Promotor de Justiça, e já adiantado na carreira, foi estimulado por meu avô para prestar concurso para a Magistratura, e acabou sendo aprovado em 1º lugar. Fez brilhante carreira no Interior e na Capital, até ser eleito Presidente do extinto e saudoso Tribunal de Alçada Criminal. Promovido a Desembargador desta Augusta Casa, aposentou-se prematuramente em protesto contra a edição da autoritária e ainda vigente Lei Orgânica da Magistratura, que o proibiu de continuar a exercer cargo de direção em Fundação instituída por meu bisavô paterno no bairro do Ipiranga, entidade que tem, hoje, 117 anos de existência, e para a qual doravante pretendo dedicar-me mais. Entre permanecer na Magistratura ou na Instituição, optou por continuar a prestar serviços aos carentes da comunidade.

6ª GERAÇÃO

Este que, depois de 44 anos de Magistratura, completados no último mês de janeiro, dos quais 20 anos como Desembargador deste Tribunal, vê-se forçado a aposentar-se, dominado por profunda emoção. Só à força, violentando a minha alma e despedaçando o meu coração, afasto-me desse honroso convívio. Mas, o faço com alegria e com a sensação de dever cumprido. Tenho motivos, como é fácil perceber, para amar a Magistratura, especialmente a de São Paulo, e enorme é o apego que me prende a esta gloriosa Casa, da qual, em espírito, jamais poderei desligar-me. Procurei servir a Magistratura paulista, tentando suprir com extremo esforço e muita boa vontade as naturais e irremediáveis deficiências da minha individualidade.

O trabalho, para mim, sempre foi prazeiroso. A sensação de buscar e promover a justiça em cada caso é por demais estimulante. Mas, sinto que devo dar lugar aos mais moços, antes que me diminuam as forças para bem desempenhar tão elevado quão árduo ministério.

Na Magistratura fiz grandes amizades. Ao longo da minha caminhada, os Colegas e Amigos, cumularam-me de mercês. Levarei muita saudade do carinho que sempre recebi das pessoas com as quais convivi, especialmente os Colegas e Servidores desta Casa. Não houve honra nem finezas que me não dispensassem. É inútil a minha tentativa de expressar por palavras adequadas toda a gratidão que sinto pelos benefícios recebidos e pela forma carinhosa e amiga com que sempre me trataram

Meu muito obrigado à minha esposa Vera e aos meus 4 filhos, Marcelo, Juliana, Fernanda e Guilherme pelo apoio que sempre me deram. Bem diz meu

amigo Hélio Rubens que ao lado de uma grande mulher sempre há um homem esforçado. Peço que me desculpem se, por causa do enorme volume de trabalho, não pude dar-lhes maior atenção e dedicação.

Agradeço, finalmente, a Deus a graça de haver me possibilitado a oportunidade de chegar a postos que jamais imaginei um dia alcançar.

Sou grato a Deus por me conceder o privilégio de participar de duas gestões neste Tribunal, dos grandes Presidentes IVAN SARTORI e RENATO NALINI, embora desta última por apenas cerca de 20 dias.

Muito obrigado, meu Deus, por tudo! A Deus dedico toda minha carreira.

Acesso ao Sumário