REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 3 – ANO 1

MAIO E JUNHO 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 33

b) Agravos Regimentais 117

c) Apelações 119

d) Conflitos de Competência 326

e) Embargos de Declaração 329

f) Embargos Infringentes 338

g) Rescisórias 343

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 349

b) Apelações 370

c) Apelações/Reexames Necessários 524

d) Conflitos de Competência 530

e) Reexames Necessários 533

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 539

b) Apelações 543

c) Embargos de Declaração 664

d) *Habeas Corpus* 667

e) Mandados de Segurança 676

f) Recursos em Sentido Estrito 680

g) Revisões Criminais 690

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 693

b) Agravos Regimentais 785

c) Conflitos de Competência 790

d) Incidentes de Inconstitucionalidade 799

e) Mandados de Injunção 809

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 813

b) Agravos Regimentais 819

c) Apelações 823

d) Conflitos de Competência 836

e) Conflitos de Jurisdição 855

f) Embargos de Declaração 861

g) Exceções de Suspeição 864

h) *Habeas Corpus* 868

6- Conselho Superior da Magistratura 872

7- Noticiário 887

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: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano I, n. 3, mai./jun. 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
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BÁRTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
ROBERTO Mário MORTARI
LUIZ Antonio AMBRA

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**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*

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
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

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**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ*

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**

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 HÉLIO MARQUES DE FARIA**
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA**

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 Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador MAURO CONTI MACHADO***
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
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 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 — (SALAS 621/623)

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***
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

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 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***I
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**

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 PAULO PASTORE FILHO
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
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
Desembaragdor WALTER ALEXANDRE MENA
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
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Júnior

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 HÉLIO NOGUEIRA**

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*

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

25ª Câmara de Direito Privado (salas 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 — (SALAS 621/623)

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

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME***
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador CLAUDIO HAMILTON BARBOSA
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH

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

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargador CÉSAR LACERDA
Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargadora BERENICE MARCONDES CÉSAR
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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

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

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador FRANCISCO THOMAZ de Carvalho Júnior
Desembargador Otacilio FERRAZ FELISARDO
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargadora HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**

30ª Câmara de Direito Privado (salas 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 CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

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

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 (salas 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 JOSÉ TARCISO BERALDO***
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA
Desembargador AFONSO Celso NogUeira BRAZ

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 TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

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 Sanatarelli 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

12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho*
Desembargador EROS PICELI
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR**
Desembargadora MARIA LÚCIA RIBEIRO DE CASTRO PIZZOTTI MENDES**
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

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 Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador José RENATO NALINI
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**
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

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 — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
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 — TERÇA-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
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

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 NELSON Paschoal BIAZZI Júnior***
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 — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

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
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 — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 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 (salas 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

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

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 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 (salas 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 — (SALAS 218/220)

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

Desembargador ROBERTO Mário MORTARI***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 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 ALCIDES MALOSSI JÚNIOR
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 (salas 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 — (SALAS 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 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 (salas 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***
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**

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 Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador RENÊ RICUPERO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA***
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
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 — (SALAS 218/220) OU QUINTA-FEIRA — (SALA 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 GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
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 NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

2ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (salas 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 (salas 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**
Desembargadora IVANA DAVID**

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)

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
César Luiz de Almeida
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Rosangela Maria Telles

DOUTRINA

DIREITOS HUMANOS. A PERDA DE SEU SENTIDO

JOSÉ HELTON NOGUEIRA DIEFENTHALER JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo
Membro da Comissão de Orçamento, Planejamento e Finanças

Essencialidade

Colocamo-nos diante do recorrente problema acerca da natureza dos "direitos humanos", de sua extensão e qualidades essenciais. Via de regra a contextualização do fenômeno jurídico destes direitos vem acompanhada de um sem número de questionamentos que surgem exatamente no momento de serem aplicados. Não raro, identificam-se em caráter restritivo com as aparas que se opõem à inação do Estado em determinadas situações concretas, produzidas ou não por omissão ou comissão de seus agentes. Entretanto, a concretização dos direitos humanos, se levada à ligeira resume-se na disputa entre indivíduos e Estado, entre cidadãos e órgãos de determinado poder constituído – nada mais havendo fora deste círculo de atribuições.

Mas, como ensaiarei demonstrar há uma crise, por assim dizer, essencial, um prius in tempore - que antecede a dinâmica de que falamos acima. Para tanto, um pouco da gênese dos direitos fundamentais[1].

A raiz dos direitos humanos finca-se sob o terreno da "dignidade do homem", ou seja, liga-se ao status ontológico próprio do ser humano, sujeito que pensa que age que tem vontade, que cria em seu espaço social, que

1 Direitos Fundamentais e Humanos, por questão de método aqui conceitualmente equivalem-se.

trabalha etc. Este dado essencial pertence ao ser humano, capaz de eleger, de tomar decisões, de selecionar e aderir a valores. Segue-se então, à dignidade ontológica que lhe é peculiar; e outra, a dignidade moral. Pois bem, é o homem um ser moral, e o é, na medida em que faz escolhas - as certas e as erradas; o será, outrossim, na medida em que, com o livre arbítrio dirige seu espírito, interaja no meio social e assim por diante. As escolhas que fará que se achem porventura, prescritas pela Moral e, as que serão discriminadas pelo Direito, estreitam-se igualmente com a dignidade ontológica essencial do ser humano e a compartida dignidade moral; – esta mesma que se impõe ex naturae e com a qual se constitui em terreno prático o axioma liberdade-vontade. Pois é assim por que: se a algum homem suceder de perpetrar qualquer delito que fira algum capítulo dos denominados direitos do homem, e o realize, por exemplo, na condição de agente do Estado, embora, e.g. conduza-se mediante ação desprovida da vontade livre e desimpedida, não haverá aí sanção moral tampouco legal, de vez que, faltou àquele homem o elemento volitivo para tornar sua conduta sujeita a alguma sanção. Contudo, ainda assim não ficam feridos os postulados dos direitos humanos, vale dizer, de certa forma uma conduta desta natureza acaba por reforçar a própria ideia conceitual dos direitos do homem – em sinal oposto ao que ocorre com outros ramos do Direito, por exemplo, o penal, em que uma conduta poderá não resultar em sanção punitiva – por não possuir o autor do fato consciência da ilicitude, mas ela, e o respectivo ato ilícito subsistem de modo que o ordenamento mantem a reprovação, ao menos no âmbito da ordem legal, ou seja, da estrutura normativa.

A Crítica

A crítica hodierna aos Direitos Humanos possui alguns traços essenciais, em relação aos quais, e aqui solicito a compreensão dos leitores, pois não os esgotarei neste brevíssimo trabalho. O primeiro aspecto: O Humanismo desprovido da essencialidade do humano, um humanismo que se nega.

Com efeito, o abuso do Estado em face do homem, do homem concreto, abuso, que malfere a natureza humana, tem merecido resposta das legislações nacionais e transnacionais. Não precisamos ir longe, pois a sabendas, desde

Acesso ao Sumário

a declaração de direitos da constituição revolucionária francesa de 1789 até a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, incluindo--se o nosso artigo 5º da Constituição da República de 1988 – ora, desde então, rege-nos um sem número de dispositivos normativos em profusa reiteração do assunto que tratamos. Mas, sob intensa diversidade e perda de sentido. Onde e por quê?

Postulamos que os Direitos Humanos contemporâneos provêm dos fundamentos do Direito Natural, mas, bem entendido, não o Direito Natural Clássico, este que se conformou sob matizes iluministas. O fundamento é sempre a pessoa humana e sua peculiar dignidade de criatura assemelhada a Deus. Daí extrai-se um conjunto de todas as consequências necessárias, por exemplo: direito à vida, à intimidade, ao pudor, à honra, à liberdade, etc. O direito natural moderno, dado mediante as Luzes, ou na Aufklärung, por que aos poucos vai desconstruindo a Criação, não tem compromisso com esse postulado. É o brado de Hobbes que veicula esses novos rumos: "O Direito de natureza, a que os autores geralmente chamam ius naturale, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer todo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim[2]". Por outro lado, o conteúdo de ideias do período anterior, dava-se quase que invariavelmente sob o influxo da Graça Divina – mediante o Logos – por meio do "giocco" de semelhança e dessemelhança entre Deus e o Homem, mas continuamente em diálogo. O Iluminismo cessou esse discurso e postulou a autonomia do homem (que na realidade, não lhe era negada), suprimindo a via dialogal de eixo vertical, Homem a Deus, reivindicando a horizontalidade – homem/homem. É o que observa o espírito sagaz de Michel Villey: "Environ la moitié de l'Europe, em particulier l'Anglaterre protestante, rompt avec Rome. Le mépris de la tradition n'est guère moindre chez les philosophes des pays restés catholiques (…) au reste, il s'agira d'une théologie des laïcs, et la théologie laïque n'est pas forcément la meilleure. Que reste-t-il, notait Pascal, chez Descartes, du Dieu d"Abraham, d'Isaac et de Jacob? Combien pauvre pour um Chrétien le Dieu que Leibniz a réduit

2 . Thomas Hobbes, Leviatã, capitulo XIV, introito. Os Pensadores, editora Nova Cultural, São Paulo, 2000, p.113,

Acesso ao Sumário

à deux axiomes rationnels! La Philosophie des modernes incline au déisme: au Christ vient à se substituer le Dieu que produit la Raison de L'Homme.[3]*". Recapitulando: direito natural e direitos humanos correm em mesma linha ontológica. Mas, a antropologia de antes, que lhes davam a contextura conceitual, não mais existe – nova visão de homem desenvolveu-se, nova concepção toma lugar, um "homem novo" com poucos paralelos na História. Passaremos ao largo por método, das vias pelas quais três grandes ondas de direitos fundamentais cursaram e, que "pour cause" ensejaram os postulados dos quais, "en passant" nos referimos; entretanto, aqui o tempo e o propósito requerem exposição exclusivamente dedicada, circunstância que foge dos objetivos deste trabalho*[4]*.*

Qual o panorama?

Algumas vertentes se nos apresentam, contudo não todas, uma vez que não é nossa pretensão esgotar o tema neste trabalho. Porém temos alguns perfis. Primeiro, o argumento segundo o qual o Direito, que assume a lei natural, desdobra-se em duas potências – para além do mero fisiologismo naturalista; [5] *a teleologia ética e a moral autônoma. Antes, anoto que ao falarmos de Direitos Humanos o tema da Moral vem amiúde à tona, e assim é necessariamente, porquanto dela, ou, do pouco que resta na sociedade atual de seu conteúdo, identificam-se os primados que dão o norte a referidos direitos. Ora bem, a Moral autônoma*[6]*, - uma das fontes – não a única, do ius naturale, portanto, dos direitos do Homem, reivindica precedência e fluxo genético próprio, vale dizer, autonomia. Com este suporte o Homem dita de si para si o próprio Direito e o cria – isto equivale dizer, sanciona, executa, revoga e tudo o mais. Por outro lado, a teleologia ética, que, compreende-se como práxis de comportamento finalístico, a determinar "moto proprio" objetivos sem ancoragens metafísicas*[7]*.*

Acesso ao Sumário

3 . in "Les Droits et les Droits de l"Homme", PUF, Paris, 3éme edition, 1998, p. 132.

4 Refiro-me aos assim chamados direitos de primeira, segunda e terceiras geração.

5 .- I.é: a tendência a aceitar que as leis da natureza prorrompam necessariamente à geração das leis morais e jurídicas. Observação deste autor.

6 .- Por moral autônoma, vejamos: "... la autonomia de la moral 'natural-humana' y su correspondiente evidencia racional com respecto a la Revelación" ; apud in Martin Rhonheimer, 'Ley Natural y Razón Práctica', 2ª edición, EUNSA, Pamplona, 2006.

7 .- Neste caso, joga um papel fundamental toda a peculiar metafísica dada a propósito da tradição kantista – na Crítica da Razão Prática.

E, se conjugarmos os fatores, os dois que acima colocamos, teremos por resultado, homens gerando normas por si e para si mesmos, todavia, normas não produzidas para as relações interpessoais (latu sensu), o que deveras, nos competiria, antes, normas para definir o que somos – qual o nosso tempo e o nosso onde – o "quid" e o "quod"! Os Direitos Humanos contemporâneos situam-se neste espaço ontológico.

Modelos

Se a primeira vista esta independência poderia parecer-nos benfazeja, os frutos deste novo plano axiológico não convencem. Os modelos de prospecção normativa para este atualíssimo conceito de Direitos Humanos, pecam por tomar por medida, ou seja, por leitmotiv gerador, o espelho do outro, do homem de si para si mesmo. Por conseguinte, tal ordem equivale e quer dizer que o homo typus procedente desta escolha não medrará sob alguma ordem metafísica, ao contrário, e voltamos à referência – vicejará sob outra, por se tratar de um homem tirado do plano de modelagem horizontal. Isto significa que cada minoria, pequenos grupos de interesses, tribos culturais, reivindicarão, os reunidos neles, um status singular e ao mesmo tempo universal de sorte, uma vez alcançados os objetivos, a obterem sucesso na comunidade estatal - o que importará em desarraigamento dos valores de maior extensão e qualidade, logo, em aberto prejuízo para os demais. Desta forma, a maioria padecerá então à mercê de normas conjunturais, geradas por grupos de pressão mais ou menos legítimos. E, não é que essas minorias (emprego este termo não no sentido usual que se lhe emprestam ultimamente, tampouco segundo um sentido "politicamente correto", apenas no sentido quantitativo mesmo) não sejam sujeitas de direito – o que sucede é que elas acessam à capacitação normativa, muito mais do que titularidade de direitos – elas criam para si e, por si, o direito sem se darem conta dos demais estamentos sociais. E o fazem por consequência lógica do postulado (que se tornou uma res socialis concreta) de o Homem medir-se a si mesmo, criar-se a si mesmo e, por fim de legislar para si próprio – uma espécie de autopoiese constitucional do ser humano. Desta forma, compreende-se por que uma ação abominável (como o aborto) possa ser considerada um direito humano reprodutivo da mulher, ou a eutanásia um

Acesso ao Sumário

direito humano à morte.

Digna de nota é a observação de RICARDO DIP concernente à debilidade mais ou menos querida do status atual dos elementos dos direitos humanos: "... com las indicaciones – agudamente apuntadas por Paulo Otero – de que na cultura arbitraria, qua haya abdicado de su historia y de fundamentos metafísicos se va tornando fuente de uma cultura totalitaria despunta em nuestros tempos uma correlacionada mudanza de signosde los derechios humanos, a cuya vuelta se trata de apuntar metas, pues de la relativamente imposible universalidade fundacional, se busca al menos su internacionalización. Es assi que los derechos humanos ya 'no son puros derechos subjetivos contra las inmisiones de los poderes públicos, sino también son valores objetivos del Estado de derecho' dandose ocasión a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (...)"[8].

Diante deste quadro não será ocioso especular em face dos dados que temos em mãos, advenham no futuro próximo direitos humanos da sexualidade pedófila, ou, direitos humanos de associação para o consumo de drogas ilícitas, e assim por diante.[9] *Entretanto, creio tratar-se de conduta diversa em número e substancia a figura da autonomia da vontade – cujo matiz é as mais das vezes contratual que não é o caso dos direitos fundamentais. Antes se trata da vontade destes segmentos, ou melhor, do desejo inclusive de preferir e participar da segmentação que necessariamente a sociedade recolhe, de sorte que essa vontade de variados vetores, não coincide com a tradicional doutrina contratualista da autonomia da vontade, via de regra um concerto entre partes para a constituição de um pacto. Essa expectação dos grupos de interesse, das organizações de militância, na realidade terá maior proximidade ôntica com a "Wille zur Macht" nietzscheniana. E nestes casos, o que está a faltar é exatamente o constituto metafísico que puxa as ideações para um nível valorativo vertical – que não sejam meros reflexos de plano horizontal e que não baralhem o "nous" dos direitos fundamentais.*

Acesso ao Sumário

8 Apud in "Los Derechos Humanos y El Derecho Natural", de Ricardo Dip – Marcial Pons, Madrid, 2009, p.24.

9 .- Não adotei por critério metodológico a epistemologia do "paradigma" de Kuhn por preferir a expressão modelo, mais afeita à antropologia mais corrente.

Conclusões

O Direito é uma arte e ao mesmo tempo uma ciência, assim o diziam os antigos romanos. Aqui não escapamos do lugar comum – ars aequi et bonus! Todavia, depois e, com o século das Luzes, a influência da Filosofia sobre o Direito não pode ser menoscabada. A autonomia moral da kantiana que anuncia "a Lei Moral dentro de mim e o Céu estrelado sobre mim" – e os círculos de liberdade que segundo o pensador de Köenigsberg seriam o grande objeto do Direito, são realidades jurídicas cogentes em vários estatutos legais. Mas, os Direitos Humanos subsistem? Sim, por que aquela relação Criador/criatura de ordem vertical fundada na semelhança e dessemelhança é irrevogável – permanecerá independentemente de qualquer força, por concernir ao Homem um desejo inefável de olhar para o Alto.

Por outro lado, o que dizer da modelagem homem/homem, de relação horizontal, fundada apenas na dessemelhança Deus/homem (Aquele, incognoscível, este autoconstrutivo)? Tudo indica que incontáveis submodelos, tirados ao apetite dos grupos de interesses proliferarão mais e mais. Daí sustentarmos não correr aquela translação, à qual nos referimos infra, apenas sob o influxo do kantismo, que a propósito, faz parte da problemática, ao contrário: antes, filia-se a um fólio de inumeráveis correntes filosóficas e ideológicas. Disso decorrem, por exemplo, as variadas modalidades de utilitarismos; apresentam-se também inúmeros postulados socialistas, dentre eles, o marxismo, pós-marxismo, estruturalismo, Escola de Frankfurt etc. – todos produzindo subsistemas culturais derivados, concorrentes, e, algumas vezes entre si antagônicos revelando-nos o profundo problema epistêmico ao qual chegou o mainstream contemporâneo dos direitos fundamentais, tais como as doutrinas de gênero e dos direitos ambientais. Em cada uma delas há uma formula de permanência e outra, (justaposta ou não) de dissolução. Por exemplo: no caso dos direitos humanos ambientais hodiernos – temos argumentos biocentristas radicais que se concretizaram em normas[10] que, por sua vez, extirpam o primado antrópico sobre o qual aqueles direitos estão

Acesso ao Sumário

10 .- Por normas refiro-me ao conceito germânico – vale dizer, não apenas o feixe de normatização estatal, mas outrossim as normas contratuais, as que se encontram abaixo dos regulamentos e as de supremacia, como as decisões judiciais.

fundamentados, vale dizer, a finalidade ótima, que sustenta a norma ambiental – o estar a serviço do homem. O direito à vida, graficamente relativizado, por conta da concessão ao aborto e à eutanásia, faz parte deste processo de dilaceração conceitual, ou epistêmica.

Logo, os sinais de fadiga desta modelagem são claros.

Tudo somado, os efeitos produzidos dão-se em grau e potência e de certo modo, tornam-se visíveis. A concorrer com estes sinais constata-se o desvio de rota do sentido fundante dos direitos do Homem, a nosso ver, irrefutável; – Os resultados? Advém da perda dos valores absolutos que os informaram, muito por conta da estipulação autoritária, promovida por meio de segmentos organizados, tendentes ao totalitarismo, cujo papel no fundo tolda a positivação dos direitos humanos, e isso se dá de tal modo que corremos o risco em nome de uma pluralidade, de um arquipélago de interesses, de perder a essencialidade dos direitos fundamentais.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050298-11.2013.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante CONSINC CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., é agravado LUIZ CARLOS DA SILVA.

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 28177)**

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

São Paulo, 11 de março de 2014.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Sentença transitada em julgado que determinou a devolução ao exequente da totalidade das parcelas pagas em razão da rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel - Existência de posterior sentença, também passada em julgado, referente à mesma relação jurídica, que entende pela compensação do montante referente às parcelas pagas pelo autor e o valor da multa contratual por ele devida - Sentenças contraditórias - Prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória - Precedente do STJ - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de rescisão de contrato e devolução de quantia paga em fase de execução de sentença, deu como consolidado o valor exequendo.

Recorre a executada, sustentando, em síntese, que na ação de origem o

autor exequente, ora agravado, repete pleito já apresentado em ação anterior. Aduz que houve a prolação de sentenças conflitantes, visto que na primeira ação entendeu o juízo que a devolução das parcelas pagas deveria ser compensada com a indenização pelo uso do imóvel, enquanto que na segunda ação (ação originária deste recurso), determinou-se a devolução integral das prestações. Afirma que o agravado promove a execução de má-fé, buscando obter valor de parcelas que não lhe são devidas. Assevera que a sentença que por último transitou em julgado (tirada da ação primeiramente aforada) deve prevalecer. Pugna pela declaração do não cabimento da cobrança das prestações pagas pelo agravado.

Efeito suspensivo indeferido.

Recurso processado sem resposta, decorrido *in albis* o prazo legal para contraminuta.

É o relatório.

No feito de origem, foi proferida sentença de procedência, *"para o fim de declarar rescindido o compromisso de compra e venda e condenar a ré à devolução integral das quantias pagas, corrigidas do desembolso até efetivo pagamento, e indenizar a construção efetuada mais danos à mobília, contados os juros de mora desde a citação"* (fl. 25-30).

Em liquidação, foi homologado o laudo pericial, declarando-se líquida a condenação, no valor de R$ 8.890,00, com correção monetária a partir da citação e juros de mora de 1% ao mês a partir da mesma data, conforme decisão proferida em 16 de maio de 2007 (fls. 86-88).

Depois de iniciada a fase executiva, vem a ré executada, ora agravante, alegar, basicamente, que já havia proposto, anteriormente à demanda principal (proc. 1445-11/99), ação em que pedia a declaração da rescisão do contrato, reintegração na posse do imóvel e condenação do ora agravado ao pagamento de multa contratual (proc. 1516/98).

Em tal feito, foi proferida sentença de procedência, declarando o magistrado *"rescindido o compromisso de venda e compra entre a autora e o réu, por culpa deste, reintegro-a na posse do lote 14 da quadra 20 do loteamento Portal do Éden, e condeno-o ao pagamento das perdas e danos, consubstanciados na cláusula pena contratual de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato"* (fls. 134-135). Em sede de apelação, a sentença foi parcialmente reformada, *"para afastar a condenação do Requerido ao pagamento da multa, em razão do reconhecimento da compensação entre os valores pagos à Autora e à indenização devida pelo uso do imóvel pelo Requerido"* (fls. 141-143). Tal decisão transitou em julgado em 09.11.2011 (fl. 144), muito tempo depois de iniciada a fase executiva da demanda principal. A respectiva fase executiva encerrou-se em julho de 2012, nos termos do art. 794, I, do CPC (fl. 148).

Acesso ao Sumário

Logo, observam-se duas sentenças conflitantes, ambas transitadas em julgado, que versam sobre o mesmo bem jurídico. A sentença exequenda, transitada em julgado em agosto de 2003, condena a agravante à devolução das quantias pagas ao agravado. A outra sentença, transitada em julgado em 2011, por sua vez, reconhece a compensação entre os valores pagos pelo agravado à agravante e o montante por aquele devido a título de multa contratual.

No caso de duas coisas julgadas conflitantes, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

> *"Nos caos em que, por* error in procedendo*, o juiz chegue a julgar o mérito apesar de a demanda já haver sido julgada antes por sentença de mérito passada em julgado, a segunda sentença comportará impugnação pela via da* ação rescisória *(art. 485, inc. IV). Por esse caminho, neutralizam-se os efeitos da sentença posterior, proferida sem consideração a esse importante pressuposto negativo de sua admissibilidade.*
>
> *Enquanto não proposta e acolhida a demanda de rescisão, contudo, prevalecerá a segunda sentença, ainda quando conflitante em seu decisório com a primeira - em primeiro lugar, porque é inerente a todo ato estatal a revogação do antigo pelo novo, como acontece com as leis e atos administrativos. Além disso, a oferta do caminho da ação rescisória significa que o sistema processual não pretendeu que a segunda sentença passada em julgado fosse simplesmente desconsiderada, instável ou ineficaz: se o caminho é a sua rescisão, enquanto não for rescindida ela prevalece e impõe-se sobre a primeira"* (Instituições de Direito Processual Civil, 4. ed., vol. 2, pp. 328-329, São Paulo, Malheiros, 2004).

No mesmo sentido já se posicionou o C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES.

1. ***No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.***

2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exeqüendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes.

3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do

Acesso ao Sumário

STJ.

4. Recurso Especial provido".

(REsp 598.148/SP, STJ - 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 25.08.2009 - **destaque nosso**)

Não havendo notícia de ajuizamento de ação rescisória pelo agravado contra a segunda decisão, não pode a execução originária prevalecer, porquanto baseada em primeira sentença claramente contraditória com sentença anterior, também já passada em julgado.

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso, extinguindo-se a execução originária nos termos do art. 794, I, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022345-38.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LILIAN DE MÉO, são agravados BIANCA MARQUES PORTO ULIANO (INVENTARIANTE) e EDUARDO FRANCISCO ULIANO (ESPÓLIO).

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 35084)**

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

São Paulo, 1 de abril de 2014.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. Alegação de união estável. Negativa da única filha e herdeira. Interesses colidentes. Necessidade de ação própria. Elementos de convicção insuficientes a possibilitar o reconhecimento nos autos do inventário. Matéria de alta indagação. Filha herdeira nomeada inventariante. Pedido de destituição formulado pela suposta companheira. Na espécie, inexiste causa suficiente a destituir a agravada do cargo de inventariante, haja vista ter demonstrado nos autos ser filha do *de cujus*. Ausência de indicação do real motivo a comportar

o afastamento. Fundamento que não se amolda às hipóteses previstas no artigo 995 do Código de Processo Civil. Não é o caso de removê-la do encargo. Indeferimento mantido. Atendimento a ordem do art. 990 do CPC. Discussão acerca da comoriência. Força legal do registro de óbito que não foi infirmada por prova convincente em contrário. Remessa às vias ordinárias. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão que, em sede de ação de inventário, I) indeferiu a habilitação da agravante no inventário, II) indeferiu o pedido da ocorrência de comoriência entre o inventariado Eduardo Francisco Uliano e seu filho Gabriel Marques Porto Uliano e III) indeferiu a substituição da atual inventariante por Lilian de Méo, ora agravada - págs. 45/47.

Busca a agravante a reforma do *decisum*, para ver reconhecida a união estável com o *de cujus*, devidamente comprovada por declarações prestadas por amigos do falecido que as partes viviam em união estável pública e notória desde dezembro de 2004. Portanto, deve ser habilitada na presente ação. Bem como seja reconhecida a ocorrência de comoriência entre o inventariado Eduardo e seu filho Gabriel, em razão de terem falecido ao mesmo tempo. Alega, ainda, que havendo conflito de interesses entre as partes, seja substituída a atual inventariante por um dativo.

Processado o recurso sem liminar, a agravada ofertou contrarrazões às fls. 324/338, advindo, a seguir, as informações do Juízo de primeiro grau (fls. 341/342).

É o relatório.

Cuida-se de ação de inventário dos bens deixados em decorrência do falecimento de Eduardo Francisco Uliano.

Pelo que se depreende dos autos, o *de cujus* faleceu em 11 de novembro de 2013, era separado judicialmente de Tarcisa Araceli Marques Porto e supostamente vivia em união estável com a agravante desde dezembro de 2004, não tiveram filhos. Contudo, deixou uma única filha, ora agravada, sendo certo que seu outro filho Gabriel Marques Porto Uliano, morreu na mesma ocasião que o pai, num acidente de avião ocorrido na Serra do Corisco, na cidade de Paraty, alega a agravante ter ocorrido comoriência, pleiteia a reunião dos respectivos inventários. A agravante requereu a sua habilitação no presente inventário, nos termos do artigo 1.790 do Código Civil, na qualidade de companheira do falecido e a remoção da atual inventariante.

Sobreveio, então, a decisão ora hostilizada que indeferiu a habilitação da

Acesso ao Sumário

agravante no inventário, em razão da falta de elementos probatórios suficientes e seguros para demonstrar a existência da união estável, especialmente diante da negativa da filha do falecido, com remessa das partes interessadas para as vias próprias. Bem como indeferiu o pedido de declaração da ocorrência de comoriência entre o inventariado Eduardo e seu filho Gabriel, ante as certidões de óbito que revelam que ocorreu morte sucessiva (Sr. Eduardo faleceu antes que o filho Gabriel), assim não havendo dados de fato disponíveis e seguros para o reconhecimento da comoriência no inventário, com remessa da controvérsia para as vias ordinárias. E, por fim, indeferiu a substituição da atual inventariante por Lilian de Méo ora agravante, pois não suficientemente demonstrada a situação de companheira e a discordância da herdeira Bianca, bem como por um dativo, não comporta reparo.

Ressalvado o entendimento da Agravante, o presente recurso não merece prosperar.

Conforme os ensinamentos de Euclides de Oliveira (União estável, Do concubinato ao casamento, pág. 248, Editora Método, 2003), o reconhecimento de união estável pode ser pleiteado no processo de inventário, por meio da habilitação do companheiro sobrevivente, caso haja prova documental suficiente ou prévio reconhecimento desse direito, admissível o deferimento do pedido caso os demais herdeiros concordem.

Sobre a matéria, manifestaram-se os tribunais:

"INVENTÁRIO. Partilha. Pretensão de reconhecimento de união estável nos próprios autos. Possibilidade. Sucessores que não demonstraram contrariedade. Situação em que os demais aspectos da controvérsia deverão ser examinados no momento oportuno, no juízo de origem. Recurso provido." (Agravo de Instrumento n. 515.172-4/9 São Paulo 4ª Câmara de Direito Privado Relator: José Geraldo de Jacobina Rabello 02.08.07 V.U.).

Todavia, no presente caso, não há concordância da única filha e herdeira do *de cujus*, como bem salientou o juízo *a quo*.

Note-se que as controvérsias que versam sobre a existência da união estável transcendem a vocação do processo de inventário de bens e o abreviado rito que a lei processual lhe confere, motivo pelo qual, mantem-se o entendimento exposto pelo nobre magistrado.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, as questões complexas, mas que envolvam matéria de direito ou mesmo de fato, desde que documentada, devem ser dirimidas no juízo do inventário, e não na via ordinária (REsp nº 114.524, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, j. 27.5.2003). Todavia, as controvérsias de fato também complexas, mas cujo exame dependa da produção de provas não exclusivamente documentais, devem ser remetidas para as vias próprias, conforme prevê o artigo 984 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil *("O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas").*

Conforme a lição de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira: *"Em questões exclusivamente de direito, o juiz deve dar a solução adequada, por mais complexa que seja; entretanto, quando se tratar de questões de fato, estas só podem ser solucionadas no inventário se já comprovadas nos autos. Remeterá o juiz para as vias ordinárias, portanto, o exame das questões fáticas que pendam de outras provas, a serem discutidas ou pesquisadas com mais profundidade"* (Inventário e partilhas, p. 326. Livraria e Editora Universitária de Direito: 2006).

Nesse diapasão, o reconhecimento de união estável entre o *de cujus* Eduardo e Lilian, na qual se discute questões de alta indagação, como o vínculo afetivo, a convivência pública, contínua e duradoura, não pode ser objeto de ação de arrolamento ou inventário, ante a ausência de provas da união estável, nos termos do art. 984, do CPC.

Nesse sentido: "*O inventário é um processo com contornos próprios, não havendo como nele serem discutidas questões de alta indagação. Deve a pretensa ex-companheira ajuizar a ação própria para o reconhecimento da alegada união estável para ter reconhecido seu direito*" (RJM 176-177/120) (*in* NEGRÃO, GOUVÊA e BONDIOLI. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 42ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, nota 3 ao art. 984, p. 965).

Ocorre que tais questões, ante a inexistência de prova documental, demandam para seu deslinde dilação probatória incompatível com os estreitos limites do inventário, constituindo pontos de alta indagação.

De outra banda, não há que se falar em substituição da inventariante, pois inexiste ofensa ao art. 990 do Código de Processo Civil, sendo descabida a nomeação da ora recorrente, pois, por ora, inexiste comprovação de que realmente viveu em união estável com o de cujus, bem como não há concordância da única filha-herdeira para sua nomeação.

A propósito: "*INVENTÁRIO. Pretensão de reconhecimento de união estável nos autos do processo de inventario. Cabimento. Hipótese em que o reconhecimento pretendido pode se dar excepcionalmente nos autos do inventario, desde que haja a concordância expressa dos herdeiros e que haja prova documental que demonstre a existência da união estável. Decisão que reconhece a união estável que repercute na esfera de direitos dos herdeiros e que, por isso, deve contar com a anuência expressa destes, ou ser objeto de demanda própria, obedecido o devido processo legal. RECURSO PROVIDO*". (AI nº 0374358-48.2009.8.26.0000, Rel. Ana de Lourdes Coutinho Silva, 10ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado desta E. Corte).

Por fim, a comoriência traduz uma situação de morte simultânea, quando não existem provas sobre a sucessividade cronológica dos óbitos, devendo considerar os comorientes simultaneamente mortos, de maneira que um não herda do outro, abrindo-se cadeias sucessórias autônomas e distintas, tudo nos moldes do artigo 8º do Código Civil. "*Art. 8º: Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos*".

Na espécie, as certidões de óbito demonstram que ocorreu morte sucessiva (o Sr. Eduardo - pai, faleceu antes de Gabriel - filho), como bem ressaltou o juízo *a quo*, "[...] não havendo dados de fato disponíveis e seguros para reconhecimento da comoriência no inventário, de rigor a remessa da controvérsia para as vias ordinárias".

Nesse sentido: TJSP - AI nº 242.206 - Cotia - Rel. Des. Renan Lotufo - J. 14.02.95, cuja ementa transcrevo:

"*INVENTÁRIO. Ascendente não incluída no inventário. Despacho determinando a inclusão. Recurso improvido. Caso de competência. As cópias das certidões de óbito apontam o mesmo horário, 16:00 hs, e o mesmo dia de falecimento de pai e filho: 03.05.93. Logo, não há que se aguardar qualquer ação, posto que a comoriência decorre de documento público válido. Se há vício, ou defeito, incumbe a agravante demonstrar em Juízo próprio. Não há que se restringir o direito próprio da agravada. Assim, deve remanescer a decisão agravada, pois os alvarás expedidos foram regulares. Não há que se falar em caução quando há bens imóveis sendo inventariados*".

Aliás, diante da forma como nosso ordenamento jurídico trata da questão relativa aos atos do Registro Civil das Pessoas Naturais, as certidões de óbito de fls. 52 e 54, devem gerar todos os efeitos delas decorrentes, sendo certo que por se tratar de documento público, seus termos só serão infirmados por prova robusta em sentido contrário em autos próprios.

Dessa forma, correta a r. decisão hostilizada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060263-13.2013.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante DANIEL BISPO CLEMENTE, é agravado FUNDAÇÃO FACULDADE REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. O 2º Juiz dava-lhe provimento e declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES E J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2014.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Indenizatória - Danos materiais e morais - Erro médico - Fixação de contribuição assistencial do requerido, em favor do autor, até alta médica - Verba de natureza alimentar - Sentença de improcedência - Extinção da assistência anteriormente determinada, por conta de ter ocorrido a alta médica - Insurgência do autor - Pretensão de restabelecimento do encargo - Inviabilidade - Termo final devidamente caracterizado - Irrepetibilidade que desaconselha o acolhimento da pretensão - Decisão mantida - Agravo desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação indenizatória relacionada a erro médico, determinou a extinção da contribuição assistencial, de caráter alimentar, instituída em favor do autor.

Este se insurge, pretendendo o restabelecimento da assistência desde a suspensão. Entende, ainda, que deve ser submetido a novo exame com Perito Judicial, a fim de que se verifique se está recuperado e em condições de receber alta médica, ou não.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 75), vieram as informações de fls. 81/82.

Este é o relatório necessário.

O agravo não comporta provimento.

Segundo se observa o agravante ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face da agravada Fundação Faculdade Regional de Medicina de São José do Rio Preto. Afirmou, em síntese, que foi submetido à cirurgia para correção de hérnia inguinal e, em razão deste procedimento, ficou inapto para o trabalho e para o desenvolvimento de suas atividades habituais.

Acesso ao Sumário

Realizados exames, teria sofrido lesão no nervo inguinal. Submetido a nova cirurgia para sanar o erro médico anterior e persistindo as dores, constatou-se que padecia de "hérnia de disco lombar". Outra vez passou por uma cirurgia, resultando novo erro médico, desta feita em sua coluna cervical, com retirada demasiada e excessiva de fibra óssea.

Em audiência de instrução e julgamento, o MM. Juiz determinou à requerida que arcasse com o pagamento de contribuição assistencial em favor do autor, no valor correspondente a dois salários mínimos mensais, esclarecendo que a verba teria natureza alimentar, e deveria ser paga "até alta médica".

Assim, ao que se tem, razão não assiste ao recorrente, uma vez que no documento copiado às fls. 62/63, um relatório médico assinado por neurocirurgião, há conclusão no sentido de que "apresenta-se em condições para exercer atividades laborativas de natureza leve, que não necessita de esforços físicos intenso e com flexo-extensão excessiva da coluna vertebral, encontra-se no momento em reabilitação funcional com fisioterapia uma vez por semana e uso de medicação para controle de dores residuais, em alta com controle atualmente semestral a nível ambulatorial".

Assim, pese o narrado pelo agravante, não se entrevê a possibilidade de prover-se o agravo, tendo sido acertada a decisão de primeiro grau. Ao menos até o presente momento, não há elementos a demonstrar a possibilidade a ensejar tal medida.

Como corolário, nada há que se alterar no quanto decidido.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o recurso interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente à outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao agravo é negado provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 13993)

Vistos.

Peço vênia para divergir do ilustre Relator, Desembargador Antônio Carlos Mathias Coltro, pois entendo que o pagamento da contribuição

Acesso ao Sumário

assistencial, fruto de dois erros médicos praticados por prepostos da agravada, em suas dependências, deve ser mantido.

Pois bem, a decisão do douto Relator baseia-se no relatório de fls. 62/63, onde consta que o paciente *"apresenta-se em condições para exercer atividades laborativas de natureza leve, que não necessita de esforços físicos intenso e com flexo-extensão excessiva da coluna vertebral, encontra-se no momento em reabilitação funcional com fisioterapia uma vez por semana e uso de medicação para controle de dores residuais, em alta com controle atualmente semestral a nível ambulatorial"*.

Em primeiro lugar, o relatório médico foi elaborado por um neurocirurgião que, ao que parece, não apresenta a independência desejada, pois não é um *expert* da confiança do juízo, além de trabalhar para a agravada.

Em segundo lugar, se é verdade que o paciente se encontra em reabilitação funcional e que estaria apto a desenvolver atividades leves, não é menos certo que os dois equívocos profissionais, dos quais o recorrente foi vítima, acabaram por restringir-lhe sensivelmente o universo de atividades para as quais ele poderia se candidatar, situação esta agravada pela economia do país, que não consegue absorver boa parte da mão de obra disponível.

Em terceiro lugar, em razão da gravidade do ocorrido, não é prudente que a agravada seja aliviada em sua carga de responsabilidade.

Nestes termos, a determinação para continuidade do pagamento da contribuição assistencial mostra-se como uma medida profilática e também educativa.

Ora, embora no ordenamento jurídico brasileiro não se aplique com exclusividade a teoria do desestímulo, é certo que nosso sistema visa, além do ressarcimento da vítima, inibir a prática de condutas ilícitas.

A respeito desta dupla função da reparabilidade do dano moral, são dignas de registro as lições ministradas pela emérita jurista Maria Helena Diniz:

> *"Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional."* (*Curso de direito civil brasileiro*, 7º Volume. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92, 99 e 106.)

Logo, a indenização objetiva não somente compensar o lesado e suavizar a ofensa sofrida, mas também impor uma sanção ao causador do evento danoso, de sorte que não fique impune pela vulnerabilidade causada aos interesses de terceiros.

Por fim, não é demasiado lembrar que a pretensão *sub judice* não representa um pagamento *ad eternum*, de modo a acarretar o enriquecimento sem causa

Acesso ao Sumário

do recorrente, mas tão somente um subsídio paliativo para sobrevivência do paciente até que seja finalizado o tratamento.

Assim, por tais razões, pelo meu voto, DAVA PROVIMENTO ao recurso. ERICKSON GAVAZZA MARQUES, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071128-95.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante GOLD NORUEGA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SPE LTDA., é agravada GLÍCIA DIAS DE MEDEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do agravo e, na parte conhecida, lhe negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.607)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 14 de março de 2014.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO RELATIVA A COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. DETERMINAÇÃO PARA A AVERBAÇÃO DO 'HABITE-SE' E OUTORGA DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA NO PRAZO DE TRINTA DIAS. ADMISSIBILIDADE. AGRAVANTE QUE ADMITE A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ÓBICE PARA A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE À AUTORA. DEVER DE OUTORGA DA ESCRITURA QUE CABE À RECORRENTE, SEM PROVA DE QUALQUER PENDÊNCIA POR PARTE DA AGRAVADA. VALOR DA MULTA DIÁRIA E PRAZO CONCEDIDO À AGRAVANTE QUE SE MOSTRAM RAZOÁVEIS E NÃO DESTOAM DOS PARÂMETROS ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA. INDEVIDA OMISSÃO DA AGRAVANTE QUE DEVE SER COIBIDA.

Acesso ao Sumário

NÃO CONHECIMENTO, POR DERRADEIRO, DO TEMA RELATIVO À APLICABILIDADE DO CDC, ANTE A AUSÊNCIA DE QUALQUER MENÇÃO À MATÉRIA NA DECISÃO ATACADA. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E A QUE SE NEGA PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em demanda cominatória relativa a compromisso de compra e venda contra decisão interlocutória que deferiu a tutela de urgência pleiteada pelos agravados para determinar à agravante a averbação do *"habite-se"* na matrícula do imóvel e, bem, a lavratura de escritura definitiva de compra e venda no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária no valor de quinhentos reais.

A agravante argumenta, em suma, que a obrigação de outorga da escritura definitiva é da agravada, que o *"habite-se"* já se encontra averbado e a matrícula devidamente individualizada. Diz desarrazoada a fixação de multa diária, reputando excessivo o montante fixado. Pugna, por derradeiro, pela inaplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Foi deferido o efeito suspensivo pleiteado (fls. 132/133), veio aos autos a contraminuta da agravada (fls. 137/146).

Intimadas as partes a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 132/133), decorreu o prazo regular sem qualquer manifestação pelos litigantes interessados (fls. 147).

É o relatório.

2. Preliminarmente, é caso de não se conhecer do recurso de agravo de instrumento quanto ao pretendido reconhecimento da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, para bem além do pueril argumento deduzido, não tendo sido essa matéria sequer suscitada pela decisão ora desafiada, impossível o conhecimento da insurgência, sob pena, inclusive, de indevida supressão de instância.

Na parte conhecida, cuida-se de agravo tirado contra decisão que, em demanda cominatória relativa a compromisso de compra e venda de imóvel, deferiu tutela de urgência para determinar à agravante a averbação do *"habite-se"* na matrícula do imóvel e a outorga da escritura à agravada em trinta dias, sob pena de multa diária. E, com efeito, desmerece guarida o agravo, revogado o efeito suspensivo concedido por cautela.

Isso porque, se a própria agravante admite já haver averbado o "habite-se" à matrícula do imóvel e concluído a especificação do condomínio edilício, sem a subsistência de qualquer óbice à outorga da escritura definitiva do bem

Acesso ao Sumário

ante a incontroversa quitação, pela agravada, do preço avençado, nada impede que o título translativo seja devidamente outorgado à demandante no prazo, absolutamente razoável, de trinta dias.

No mais, não trouxe a agravante qualquer prova de que, a subverter a lógica natural de qualquer negócio jurídico dessa natureza, a obrigação de outorga da escritura definitiva caberia ao próprio adquirente. Da mesma forma, é evidente que se injustificada recusa não houvesse, sequer haveria a autora ajuizado a presente demanda e a demandada recorrido da decisão liminar que determinara providência a que a ré, agora, não se opõe.

Na realidade, da leitura do conjunto probatório possibilitado com o exercício do contraditório neste agravo, percebe-se que a ré, **em conduta que beira a litigância de má-fé**, tenta, de maneira absolutamente infundada e injustificada, postergar a obrigação de liberação da garantia hipotecária que recai sobre o bem, prejudicando o adquirente de boa-fé com a omissão no cumprimento dos deveres relativos à ultimação da venda.

Por fim, cumprida a observação, nesse contexto, tampouco há que se falar em descabimento ou excesso da multa diária fixada no importe de quinhentos reais. É que não bastasse a adequação do valor aos parâmetros razoáveis da jurisprudência, se inexiste mesmo óbice à outorga da escritura definitiva pela agravante, certamente sequer sobrevirá seu termo inicial. Daí o improvimento do recurso, com a revogação do efeito suspensivo.

3. Nestes termos, conhece-se em parte do recurso de agravo e, na parte conhecida, se lhe nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015232-33.2014.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante SUL AMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE, é agravado DONISETE GONÇALVES LEITE.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20975)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Acesso ao Sumário

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 31 DA LEI N° 9.656/98. Novo seguro saúde ofertado aos empregados ativos e inativos da General Motors. Substituição do contrato anterior. Plano único que permite o cumprimento da norma protetiva. Diluição dos custos do risco por um número maior de segurados. Direito do aposentado de ser mantido em plano com os mesmos benefícios e custos daqueles oferecidos aos funcionários ativos. Inexistência, porém, de direito ao mesmo valor do prêmio quando era empregado ativo. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

A Sul América Cia. de Seguro Saúde interpõe agravo de instrumento, com pedido de liminar, contra a r. decisão, que nos autos da ação movida por Donisete Gonçalves Leite, em fase de liquidação de sentença, rejeitou o Novo Seguro Saúde oferecido pela ex-empregadora, definindo o valor do prêmio conforme os cálculos apresentados.

Sustenta, em síntese, que a controvérsia restringe-se ao valor do prêmio em razão da aplicação do disposto no art. 31 da Lei nº 9.656/98, sendo certo que para resolver os inúmeros litígios judiciais, juntamente com a GM do Brasil contrataram especialista que elaborou um novo plano de saúde para inativos, em relação ao qual já houve a adesão maciça dos empregados. Desta forma, entende que as novas regras devem vigorar tanto para os empregados quanto para os ex-empregados.

O efeito suspensivo foi indeferido.

Contraminuta.

É o relatório.

O agravado ingressou com ação de obrigação de fazer contra a agravante, visando ser mantido, assim como sua dependente, no plano de assistência médica nos moldes do art. 31 da Lei nº 9.656/98.

Argumenta a agravante que, para resolver os inúmeros litígios judiciais, juntamente com a GM do Brasil, foi contratado especialista na área que elaborou um novo plano de saúde para inativos, em relação ao qual já houve a adesão maciça dos empregados. Desta forma, entende que as novas regras devem vigorar tanto para os empregados quanto para os ex-empregados.

Acesso ao Sumário

Assiste razão à recorrente.

Embora o agravado tenha assegurado o direito de ser mantido no convênio com a mesma cobertura de que gozava enquanto empregado da ativa, a lei não lhe confere direito ao mesmo plano e muito menos ao prêmio que pagava à época.

Nesse compasso, entende-se que a decisão adotada pela GMB e pela Sul América põe fim à controvérsia, extinguindo os contratos anteriores, que diferenciavam ativos e inativos.

Em substituição, surgiu um novo contrato coletivo indistinto para todos os funcionários (ativos e inativos), de sorte que o agravado deve a ele aderir, arcando com os valores fixados, em observância ao princípio da isonomia.

No mesmo sentido, julgado desta Colenda Câmara:

"Não se nega a operadora a celebrar contrato coletivo com o autor; ao contrário, o fez observando as mesmas condições de cobertura para empregados e ex-empregados. O que se discute, em última análise, é se os valores a serem pagos devem coincidir com aqueles relativos ao plano anterior, ou se devem prevalecer aqueles do novo contrato, iguais para trabalhadores ativos, inativos e demitidos, porém com diferentes proporções de participação da empresa contratante. Aparentemente atendeu a recorrente GM aquilo que dezenas de Acórdãos deste Tribunal de Justiça determinavam, ou seja, a criação de plano único, com idênticas coberturas e valores de prêmios, para empregados ativos e ex-empregados. A única diferença entre os planos é que, em relação aos empregados ativos, a empregadora arca com o pagamento de parte expressiva do valor do prêmio, enquanto os ex-empregados assumem o pagamento integral do prêmio, em exata observância àquilo que determinam os artigos 31 e 32 da L. 9.656/98. O plano original do recorrido não existe mais, substituído que foi por novo plano de saúde. Parece claro que não pode optar o ex-empregado por continuar a pagar prêmio de plano já extinto, sob o pálido argumento de que o novo contrato coletivo padece de vícios de consentimento e é anulável. (...)Em resumo, o plano de saúde deve ser rigorosamente o mesmo para todos os empregados, quer quanto os benefícios, quer quanto aos custos, e assim, finalmente, procedeu a empresa GMB e a operadora recorrente. A única diferença é que o aposentado arca integralmente com o pagamento do prêmio, raciocínio válido também para o trabalhador demitido que pretende continuar gozando da cobertura outrora oferecida." (AI. 0302157-87.2011, Rel. Des. Francisco Loureiro j. em 12.04.2012).

Portanto, o autor faz jus à manutenção do plano de saúde com as mesmas condições de cobertura que possuem os empregados ativos, desde que opte por

Acesso ao Sumário

aderir ao atual plano de saúde existente, arcando integralmente com o pagamento das mensalidades.

Ante o exposto, nos termos acima, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069635-83.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.R.N., é agravado L.C.M.O..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 14/21458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), LUIS MARIO GALBETTI e MARY GRÜN.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Partilha de bens - Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de inclusão do saldo existente na conta vinculada ao FGTS do Agravado - Aplicação do artigo 1.659, VI, do CC - Verba de caráter personalíssimo - Incomunicável - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Agravo, na modalidade de Instrumento, interposto contra decisão que indeferiu pedido de inclusão no patrimônio comum do casal do saldo existente em conta vinculada do FGTS em nome do Agravado.

Diz a Agravante, em síntese, que foi casada com o Agravado sob o regime de comunhão universal de bens. Afirma que no curso da ação originária o Agravado teve seu contrato de trabalho rescindido por iniciativa do empregador e em consequência levantou todo saldo depositado em conta vinculada ao FGTS. Afirma que o STJ vem decidindo pela partilha do valor depositado em conta de FGTS. Pede a concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão para que o valor existente na conta seja incluído da partilha dos bens.

Em sede de cognição inicial neguei o efeito suspensivo e dispensei

informações.

Contraminuta (fls. 424/430).

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

As partes casaram pelo regime da comunhão universal de bens, aplicando-se, no tocante à partilha dos bens, as regras dos artigos 1.667 e 1.668 do Código Civil. Por força do inciso V do art. 1668, CC, também se aplica o inciso VI do art. 1.659 do CC, que exclui da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

O valor que a Agravante pretende seja partilhado está relacionado diretamente ao trabalho desempenhado pelo Agravado e tem caráter personalíssimo.

Referida verba tem característica compensatória, isto é, trata-se de percentual do salário depositado mês a mês pelo empregador, em conta vinculada e em benefício do empregado, com a finalidade de ampará-lo, caso ocorra eventual rompimento do contrato laboral.

Destarte, os valores depositados em conta do FGTS são considerados provento do trabalho pessoal de cada cônjuge, portanto, não integram o patrimônio comum acarretando a sua incomunicabilidade, ainda que casados sob o regime da comunhão universal de bens.

Isto posto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007025-45.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante HABITENG EMPREENDIMENTOS CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA., são agravados REGINALDO MOSSINI e SIMONE PEREIRA MOSSINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 2014/12970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI e MARY GRÜN.

São Paulo, 8 de abril de 2014.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de consignação em pagamento julgada improcedente em Primeira e Segunda Instância - Pedido de liquidação de sentença e execução da diferença não depositada pelos agravados sucumbentes - Decisão que indeferiu o pedido - Alegação de que a medida possui expressa autorização legal - Cabimento - Ação consignatória que tem natureza dúplice no caso de resistência do devedor em depositar o valor pretendido pelo credor - Possibilidade de liquidação da diferença nos autos da consignatória - Decisão reformada - AGRAVO PROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em ação de consignação em pagamento ajuizada pelos agravados em face da agravante em que, pela decisão de fl. 796 (fl. 32 do agravo), restou rejeitado o pedido de fls. 792/793 (arbitramento de honorários sucumbenciais em razão de execução forçada; determinação ao Cartório Distribuidor da reclassificação da demanda para constar como cumprimento de sentença, invertendo-se o nome das partes nos polos da ação; e a penhora dos ativos financeiros existentes em nome dos executados, até o limite do valor declinado como devido - fls. 29/30 do agravo), sob o fundamento que a agravante não tem direito de prosseguir na execução do valor devido em razão do contrato firmado com o agravado, de forma que, após o levantamento dos depósitos havidos nos autos, poderá cobrar apenas o valor de R$ 2.000,00 corrigido monetariamente a partir da data do Acórdão, a título de honorários advocatícios.

Sustenta a agravante, em síntese, que o Juízo elaborou interpretação errada do quanto decidido no Acórdão que julgou a apelação interposta por ambas as partes, eis que não restou afastado o direito da parte realizar a liquidação da sentença nos próprios autos da ação consignatória, mas sim que a medida não era possível naquele momento processual, cabendo ao Juízo deferir a liquidação da sentença sobre a diferença dos valores depositados pelos agravados, eis que a ação consignatória foi julgada improcedente, sendo-lhe facultado prosseguir na execução da diferença nos próprios autos, nos termos do art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil. Pugna pelo provimento do recurso, deferindo-se a liquidação de sentença e a execução da diferença nos próprios autos da consignatória. Documentos às fls. 14/40.

Despacho inicial à fl. 42, sem efeitos.

Acesso ao Sumário

Contraminuta apresentada às fls. 46/52.

Breve relato.

O agravo merece provimento.

Dispõe o art. 899, § 2º, do CPC, *verbis*:

"Art. 899. (...)

(...)

§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmo autos".

A ação de consignação foi julgada improcedente, mantido o comando por esta Câmara, em Acórdão da lavra do Magistrado Ferreira da Cruz, sendo eu Revisor, pelo qual restou ratificada a legitimidade dos encargos e índices de reajustes adotados pelo contrato firmado entre as partes, o que significa dizer, *contrariu sensu*, que os valores exigidos pela agravante estão corretos, sendo despiciendo que a parte contrária ajuíze ação específica para receber a diferença não paga, ante a natureza dúplice da ação consignatória.

Assim o sempre claro magistério de Costa Machado, a respeito do preceptivo em apreço:

> ***"A situação pressuposta no texto que ora examinamos é aquela em que, no prazo de dez dias que lhe foi conferido pelo juiz logo após a contestação (art. 326), o autor não complementou o depósito (art. 899,*** **caput*****), mas replicando, insistiu na sua posição de que a dívida tem a dimensão quantitativa declarada na inicial. Em outras palavras, o contexto do presente dispositivo é o de controvérsia a respeito do montante devido. Destarte, quando o juiz proferir a sentença e concluir, a partir das provas produzidas, que de fato o depósito realizado é insuficiente, ele declarará sempre que possível, diz o texto, o*** **quantum** ***que o autor deve ao réu, para que esse possa promover a execução nos mesmos autos. Fica assim reconhecida a qualidade de título executivo dessa sentença declaratória em favor do réu (credor), o que faz pensar que a ação consignatória nesse caso tem natureza dúplice na hipótese de defesa fundada na insuficiência do depósito, porquanto dispensado está o réu de apresentar reconvenção para deduzir pretensão própria no sentido de receber a diferença*** **in pecunia** ***que lhe é devida. Note-se, por fim, que a sentença pode ser ilíquida (o que decorre da cláusula 'sempre que possível'), tornando assim necessário o recurso à prévia liquidação para que se possa executá-la[1]".***

No caso, tal como bem apontado pela agravante, não foi afastada a

1 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2011. p. 1590.

Acesso ao Sumário

impossibilidade definitiva de liquidação da sentença, mas a inviabilidade da medida naquele momento, tanto que expressamente invocado pelo Relator o dispositivo em análise.

Absolutamente impertinente a tese de defesa lançada pelos agravados neste agravo, no sentido de que embora tenha esta Corte ratificado a improcedência da ação consignatória por eles ajuizada, a prova dos valores devidos teria precluído.

De rigor a reforma da decisão.

Por todo o exposto, pelo meu, voto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo, reformando-se a decisão de fl. 796, para deferir a liquidação de sentença e consequente execução da diferença apurada, nos termos do art. 899, § 2º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000489-18.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARINA CARDEAL, são agravados CROCODILE EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e RENATO SCANDURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 27.604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela, sob o argumento de existir perigo inverso, dado que a execução dos reparos implica determinar ao vizinho suporte de início de obras de desconhecida dimensão - Insurgência - Cabimento - Presença dos requisitos do art. 273 do CPC - Necessidade de reparo imediato (desobstrução) nas tubulações do banheiro da unidade da agravante - Permissão de ingresso na unidade inferior para

Acesso ao Sumário

verificação e correção do defeito que decorre de norma expressa em convenção condominial - Tutela antecipada deferida para determinar o imediato reparo, franqueado acesso à unidade inferior, em dia e hora agendados entre os agravados, sob pena de multa diária - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão (fl. 28) proferida em autos de Ação de Obrigação de Fazer, que indeferiu pedido de antecipação de tutela, sob o argumento de existir perigo inverso, dado que a execução dos reparos implica determinar ao vizinho suporte de início de obras de desconhecida dimensão.

Inconformada, sustenta a agravante estar presentes os requisitos necessários à concessão da tutela, na medida em que não existe razão que obste o ingresso na unidade do vizinho de baixo para reparos que visam a desobstrução da tubulação dos banheiros da agravante, proprietária da unidade superior, quando reconhecido pela construtora como defeito de sua responsabilidade. Invoca o direito de vizinhança e obediência às regras do condomínio, além de urgência para que possa utilizar de modo adequado a unidade adquirida.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja deferida a antecipação de tutela para determinar o imediato reparo, franqueado acesso à unidade inferior, em dia e hora agendados entre os agravados, sob pena de multa diária.

O recurso foi recebido e processado mediante a concessão da tutela recursal pretendida (fls. 153/155).

Contraminuta apresentada pela coagravada Crocodile Even Empreendimentos Imobiliários Ltda. às fls. 172/176.

É o relatório.

O recurso comporta provimento, nos termos delimitados pelo despacho inaugural que concedeu liminarmente a antecipação de tutela pretendida, cujo trecho segue transcrito:

"3. Sem outros embaraços, recebo o presente agravo, em sua modalidade de instrumento atribuindo-lhe liminarmente antecipação dos efeitos da tutela recursal, *inaudita altera parte*, em virtude da existência de circunstância de fato e de direito para o seu deferimento, no sentido de impor medida cominatória ao condômino de liberação de acesso a sua unidade para a feitura de reparos na tubulação dos banheiros, em dia e hora previamente agendados com a empresa obrigada a realizar a execução de desentupimento, no prazo de cinco dias, sob a advertência de pena de multa diária de R$ 1.000,00, para cada um, ressalvando-se que cabe ainda à pessoa jurídica suportar gastos de moradia dos dois moradores, na hipótese da empreitada excedente à livre

Acesso ao Sumário

habitação, no mesmo dia do começo dos trabalhos. 4. Ademais, por ser o caso de aplicação das hipóteses previstas nos artigos 527, inciso III e 558, ambos do Código de Processo Civil, conquanto, em princípio, mediante cognição sumária, está satisfeita a exigência de prova inequívoca da verossimilhança de situação autorizadora frente à demonstração de confessado defeito de construção pela empreendedora imobiliária e ausência de motivo justificável à imediata intervenção obreira corretiva em ambos os imóveis.5. Alie-se a essa circunstância que também concorre o requisito do *periculum in mora* , devido à presença de motivos convincentes de fundado receio de concreto dano material, por força de progressiva deterioração aos bens, diante do lapso de tempo dispensado ao regular curso dos trâmites regimentais até o emprego do desfecho final deste recurso".

Aliás, a respeito desses requisitos, LUIZ FUX, na Obra "Tutela Antecipada", comenta às págs. 105 que:

"O artigo 273, com sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o Juízo da verossimilhança (aproximação da verdade) da alegação de que o direito objeto do 'judicium' submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Em prol do prestígio do Judiciário, como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, deve mesmo evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerado como 'lesão' ingênere do direito do autor."

Ao se falar dos requisitos que o artigo 273 prevê, o Professor KAZUO WATANABE, ao participar do Seminário do CPC e Suas Recentes Alterações - Tutela Antecipada Específica e Obrigações de Fazer e Não Fazer, ensina que:

"O juízo da verossimilhança é um juízo de probabilidade. O Juiz pode chegar a vários graus de probabilidade mais intenso, menos intenso, médio, etc. MALATESTA, na classificação que apresenta à probabilidade mínima, chama de verossímil; à probabilidade média, de provável e à probabilidade máxima, de probabilíssima...

A expressão 'prova inequívoca' sabemos nós, não é muito feliz; mas ela foi adotada para substituir uma outra expressão que estava no texto primitivo, que era 'prova documental'...

Mas o que importa é constar que, ao se utilizar de expressões 'prova inequívoca' e 'juízo de verossimilhança', o legislador quis deixar claro que não se trata de 'fumus boni juris' do processo cautelar...".

É dentro dessa compreensão do instituto que se pode dizer, aqui, presentes a verossimilhança e o risco de dano, decorrentes do atraso na reparação imediata

Acesso ao Sumário

das tubulações do banheiro, vedando, inclusive, o uso regular da unidade adquirida pela agravante.

Injustificável também a recusa do coagravado, morador da unidade inferior, de torná-la acessível, em afronta à convenção condominial (capítulo II, art. 3º, parágrafo 4º), que expressamente obriga o condômino a permitir o livre ingresso em sua unidade, do síndico, administrador, zelador/supervisor de serviços, e funcionários de repartições ou empresas de serviços públicos, quando se fizer necessário para verificação ou reparos. A alegação de possível dano em sua unidade, mera expectativa, não prevalece diante do prejuízo concreto demonstrado pela agravante.

Correta a aplicação de multa diária e, caso confirmada a versão da coagravada em sua contraminuta de que os reparos já foram realizados, sem lugar sua incidência.

À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055581-15.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A), são agravados KURT DAVID WISSMANN e USINA COLOMBINA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 n° 13.926)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 11 de março de 2014.

WALTER FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE NÃO RECONHECEU FRAUDE À EXECUÇÃO NA ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO EXECUTADO - CABIMENTO - Ainda que não tenha sido feita a averbação prevista no art. 615-A do CPC, o que constitui faculdade do

exequente, a venda realizada pelos executados deu-se em fraude à execução. Terceiros adquirentes que, em tese, poderiam ter tido ciência da execução que tramitava contra os vendedores, com a obtenção de certidão junto ao Distribuidor da comarca de Olímpia. Aplicação do art. 593, II, do CPC. Fraude à execução reconhecida. Recurso provido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que, em processo de execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de reconhecimento de fraude à execução, em razão da venda de bens imóveis de propriedade do executado, sob o fundamento de que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou prova de má-fé do terceiro adquirente (fls. 142/144).

O agravante narra ter ajuizado a presente execução de título extrajudicial em agosto de 1994 contra os agravados, que compareceram espontaneamente nos autos e ofereceram bens imóveis à penhora. Afirma que *"50% dos imóveis matriculados sob os nsº 89.676, 89.677 e 89.678 (4º CRI da Capital/SP) foram adjudicados no processo que tramita por esta vara sob o nº 122/93 (0453526-28.1993) e outros 50% vendidos em fraude à execução à Bebéia, Comércio, Importação e Exportação de Brinquedos Ltda."*. Defende que *"No caso dos autos, quando da alienação de metade dos imóveis, já tramitava contra Kurt David Wissman a ação de execução objetivando o recebimento de valor estratosférico, de maneira que, embora não houvesse registro das penhoras nas matrículas dos imóveis, uma simples consulta dos distribuidores judiciais mostraria à compradora a existência da execução, conforme print do TJSP"*. Colacionando julgados favoráveis à sua tese, persegue a reforma da decisão agravada, para que seja reconhecida a ineficácia da alienação de bens realizada em fraude à execução (fls. 01/20).

Tempestivo (fls. 01 e 145), preparado (fls. 27/28), o recurso foi processado somente no efeito devolutivo e com a intimação dos agravados para resposta (fls. 178).

Sem contraminuta (fls. 180), o agravo está pronto para julgamento.

É o relatório.

O inconformismo procede.

As certidões expedidas pelo 4º Oficial de Registro de Imóveis da Capital (fls. 78/88) dão conta que metade ideal dos imóveis registrados sob as matrículas 89.676, 89.677 e 89.678, pertencentes ao executado Kurt David Wissmann, foi

Acesso ao Sumário

adjudicada pela empresa Helm AG em 22/09/1997.

A outra metade ideal desses bens foi alienada pelo espólio de Marion Meier Wissmann, esposa do executado, à empresa BEBÉIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE BRINQUEDOS LTDA. em 10/01/2008, muito tempo depois de ter sido efetivada constrição sobre os imóveis, como se verifica pelo teor do auto de penhora e depósito de fls. 42.

Todavia, o espólio não poderia alienar a metade ideal dos imóveis em prejuízo da penhora efetivada nos autos, pois os embargos de terceiro opostos pela Sra. Marion para defender a sua meação foram julgados improcedentes por decisão transitada em julgado (fls. 102/113).

Desse modo, conquanto a penhora não tenha sido averbada na matrícula dos imóveis, necessário reconhecer que importa em fraude à execução, nos termos do artigo 593, II, do Código de Processo Civil, a sua alienação após a citação do devedor em execução de título extrajudicial de valor capaz de conduzi-lo à insolvência.

Nesse contexto, relevante salientar que, segundo consta de cálculo apresentado pelo exequente, a dívida já é superior a nove milhões de reais (fls. 128/130).

Na fraude à execução, por farta construção pretoriana, que culminou com a súmula 375 do STJ, a boa-fé do terceiro deve ser sempre analisada, o que poderá ser feito no âmbito de ação de embargos de terceiro que venha a ser eventualmente ajuizada pela adquirente.

De todo modo, deve ser reconhecida a possibilidade do terceiro adquirente apurar previamente que a compra e venda a ser realizada estaria sendo feita em fraude à execução, quando, por meio da obtenção de certidões junto ao distribuidor cível, verificaria a existência de execução capaz de tornar insolvente o alienante ou seu cônjuge.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso para reconhecer a fraude à execução e declarar ineficaz a alienação dos imóveis descritos às fls. 78/88 com relação ao exequente.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2005465-68.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado ANTONIO DONIZETE SANCHES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 13649)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 11 de março de 2014.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - RECONVENÇÃO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO.

- Irresignação em relação à decisão que antecipou os efeitos da tutela para determinar que o banco reconvindo limite os descontos de seu crédito na conta do reconvinte em 30% do valor da remuneração nela depositada em relação à sua dívida pretérita - Como a reconvenção não tem fundamento no contrato objeto da ação de cobrança, não há identidade de causas e, portanto, não se verifica a verossimilhança das alegações necessária para a antecipação dos efeitos da tutela, de acordo com o art. 273 do CPC - Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão digitalizada às fls. 16/17 que, na reconvenção apresentada por **Antonio Donizete Sanchez** à ação de cobrança proposta por **Itaú Unibanco S/A**, deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que o banco reconvindo limite os descontos de seu crédito na conta do reconvinte em 30% do valor da remuneração nela depositada em relação à sua dívida pretérita perante a instituição bancária, sob pena de multa diária de R$ 100,00.

O agravante sustenta que não estão presentes os pressupostos para a concessão da antecipação de tutela, notadamente a verossimilhança das alegações, porque os argumentos constantes da reconvenção não tem qualquer conexão com a ação principal, uma vez que eventual insurgência do agravado quanto aos valores lançados em sua conta corrente e que não estão atrelados ao contrato objeto da lide deve ser tratada em ação própria. O agravante requer a reforma da decisão e, se esse não for o entendimento, pleiteia a redução do valor da multa diária.

Recebido e processado o recurso, foi deferido o pedido de efeito

Acesso ao Sumário

suspensivo e dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Na contraminuta, o agravado requer o não provimento do recurso.

É o relatório.

O Itaú Unibanco S/A ajuizou ação de cobrança em face de Antonio Donizete Sanchez objetivando o recebimento da quantia de cento e dois mil quinhentos e quarenta e sete reais e oitenta e quatro centavos (R$ 102.547,84) em razão do inadimplemento do contrato de renegociação denominado "CREDICOMP" n° 50572:632884607.

Consta da petição inicial que o contrato foi celebrado em 21/10/2011, no valor de sessenta e um mil novecentos e vinte e sete reais (R$ 61.927,00), para pagamento em 48 parcelas mensais de dois mil setecentos e sessenta reais e um centavo (R$ 2.760,01), com vencimento a partir de 10/11/2011, mas somente três parcelas foram quitadas.

O réu foi citado e ofertou contestação e reconvenção, na qual alegou que o banco não pode reter o valor oriundo de seu benefício previdenciário para pagamento de um suposto débito em conta corrente, pois já tinha contratado um empréstimo consignado comprometendo 30% de seus rendimentos mensais.

Ademais, o reconvinte afirma que foi vítima de uma fraude realizada por funcionários do próprio banco, que utilizaram sua conta para realizar transações sem a sua ciência, tendo, inclusive, efetuado a contratação de um consórcio. Contraditoriamente, sustenta também que embora a dívida seja devida, o banco não poderia ter cobrado da forma que fez.

Para a concessão da antecipação da tutela, dois são os requisitos necessários: o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

O agravado, na reconvenção, afirma que estão sendo descontadas parcelas de empréstimos em sua conta corrente acima do limite de 30% de seus rendimentos, porém, tais parcelas não se referem ao contrato objeto da ação. Se a ação de cobrança e a reconvenção não têm fundamento num mesmo contrato, não há identidade de causas e, consequentemente, conexão a autorizar a antecipação dos efeitos da tutela, porque ausente o requisito da verossimilhança das alegações.

Ausentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, de rigor a reforma da decisão.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0164576-59.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes M. (ESPÓLIO), A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), H. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e M. (INVENTARIANTE), é agravado E..

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 15.392)**

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

São Paulo, 11 de março de 2014.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. AÇÃO DE INDIGNIDADE C/C REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO. ESFERAS CIVIL E PENAL. INDEPENDÊNCIA, PORÉM COM PREJUDICIALIDADE. MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO, MAS LIMITADA A UM ANO, NOS TERMOS DO ART. 265, § 5º, DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ação de indignidade c/c pedido de revogação de doação. Agravada, esposa do falecido, que responde processo criminal perante a 5ª Vara do Júri da Capital pela autoria do homicídio.

As instâncias civil e penal são independentes, mas há relação de prejudicialidade entre as ações em curso. Suspensão do andamento da demanda sugerida pelo MP. Tribunal do Júri é o juiz natural para apurar a autoria e a materialidade do delito que lhe é imputado.

Autorização legal (art. 64, parágrafo único, do CPP).

Suspensão, contudo, que deve ficar restrita ao prazo limite estabelecido no CPC (art. 265, § 5º), qual seja um ano.

Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. - Insurgiram-se os agravantes contra decisão proferida em ação declaratória de indignidade c/c pedido de revogação de doação, que suspendeu a demanda até decisão final do processo criminal que tramita contra a agravada perante o 5º Tribunal do Júri da Capital.

Alegaram, em síntese, que os Juízos cível e criminal são independentes; que para a aplicação da pena ao indigno não é obrigatória a prévia condenação criminal; que vigora em nosso ordenamento o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à criminal; que a agravada foi pronunciada por infração ao art. 121, § 2º, incs. I, III e VI, c/c art. 211 e art. 61, inc. II, alínea *e*, do Código Penal; que a agravada teve ânimo homicida; e que é desnecessário o aguardo do trânsito em julgado da ação criminal para a declaração de indignidade da agravada.

Pediu, enfim, a concessão do efeito suspensivo e, a final, o provimento do recurso.

Indeferido o efeito suspensivo e dispensadas as informações, a agravada apresentou resposta na qual pediu a manutenção da decisão recorrida.

A Procuradoria de Justiça, pelo parecer do Dr. Clilton Guimarães dos Santos, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

2. - A agravada responde a processo criminal junto à 5ª Vara do Júri da Capital pelo homicídio do marido, M.. A decisão recorrida, proferida na ação de indignidade c/c revogação de doação ajuizada pelo espólio e pelas filhas do falecido contra a agravada determinou a suspensão do processo até a sentença proferida no Júri.

Em que pese o princípio da independência de instâncias adotado no direito brasileiro e a posição majoritária da doutrina acerca da prescindibilidade da condenação criminal do acusado por homicídio para o decreto de indignidade, há relação de prejudicialidade entre a demanda em curso e a ação penal ajuizada contra a agravada, a justificar a suspensão determinada, que foi proposta, ademais, pelo Ministério Público, como se vê do parecer de fls. 280.

Acesso ao Sumário

Há, inclusive, autorização legislativa para a providência, como se verifica do art. 64, § 1º, do Código de Processo Penal: **"Art. 64 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único - Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela"**.

É de se anotar que o Tribunal do Júri é o juiz natural para apurar os graves fatos imputados à agravada. É o órgão heterogêneo que decidirá se a agravada é a autora da conduta que lhe é imputada e se houve dolo, de modo que

é proveitosa a suspensão do processo a fim de se evitar, inclusive, julgamentos. Nesse sentido o entendimento do Tribunal:

> "Enquanto mereça prestígio a distribuição racional de matérias propostas pela Magna Carta de 1.998 (sic), na mais vasta amplitude multifacetária da natureza de conflitos, torna-se de melhor alvitre o emprego de única prestação jurisdicional sobre a verificação do mesmo fato litigioso, mediante a produção de provas, sobretudo no plano vertical (profundidade de conhecimento), referente à constatação da autoria do disparo letal, consubstanciado na premissa norteadora do artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1.942 (Lei de Introdução ao Código Civil), saber: '... Art. 5º **Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**...' (realçamos).
>
> Nessa seara está a preocupação vitanda do princípio da segurança jurídica acerca de divergência de decisões judiciais, por isso que a sistemática processual, até mesmo, na esfera puramente cível, teve o cuidado de criar diversos mecanismos pragmáticos (à guisa exemplificativa: dentre eles, conexão ou continência art. 105, CPC), para assegurar a simultaneidade de julgamento para os casos idênticos, nos quais figurem as mesmas partes, sob objeto de lide baseado na identidade fática.
>
> Por conseguinte, mais correto a apuração de apenas um dos órgãos de jurisdição sobre autoria e materialidade, condição que não escapa ao cerne do inciso I artigo 1.814 do Código Civil1, mormente, no que tange ao princípio da verdade real e a condução oficial do processo crime, que se diga de passagem, já está em curso e detém melhor aparelhamento técnico e recursos humanos à consecução desse fim, como sói acontece à disposição do artigo 110 do Código de Processo Civil, isto é:
>
> '... Art. 110. **Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal** ...' (destacamos)"
>
> **(Agr. Instr. nº 0181258-60.2011.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. 13.10.2011)**

Reconhecida, pois, a prejudicialidade da ação criminal em face da demanda declaratória em curso, a suspensão do seu trâmite encontra amparo no art. 265, inc. IV, *a*, do Código de Processo Civil.

Entretanto, também penso que a suspensão do processo não pode se eternizar no tempo, aguardando indefinidamente o julgamento da ação penal determinante da prejudicialidade, considerando, inclusive que as partes têm direito constitucional à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

Observa-se que o próprio legislador entendeu por bem limitar a um

Acesso ao Sumário

ano o prazo de suspensão do processo na hipótese de ter sido determinada por prejudicialidade, conforme estabelece o art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil, *in verbis*: **"nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo"**.

Nesse sentido a orientação da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "... a suspensão por prejudicialidade obedece a um prazo "improrrogável", *ex vi* do § 5º, do aludido dispositivo legal: *'Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano'*. Desta sorte, ultrapassado o 'período ânuo' de suspensão o valor celeridade supera o valor certeza e autoriza o juiz a apreciar a questão prejudicial o quanto suficiente (*incidenter tantum*) para fundamentar a decisão, não se revestindo, essa análise, da força da coisa julgada material (art. 469, inciso III, do CPC)" **(STJ - AgRg no Ag 1318356/RS - rel. Min. LUIZ FUX - DJe 01/12/2010)**
>
> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. QUESTÃO PREJUDICIAL EXTERNA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRAZO MÁXIMO. 1 (UM) ANO. ART. 265, § 5º, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO ... 2. Nos termos do art. 265, § 5º, do CPC, a suspensão do processo em razão de questão prejudicial externa deverá respeitar o limite máximo de 1 (um) ano, após o qual o juiz determinará o prosseguimento do feito, independentemente do deslinde da prejudicial" **(STJ - REsp 465110/RS - rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - DJ 27/11/2006)**
>
> "PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRAZO ÂNUO. PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 265, § 5º, DO CPC. 1. Segundo dispõe o § 5º do art. 265 do CPC, o processo não poderá ficar suspenso por mais de um ano, mesmo que a prolação da sentença de mérito de uma causa dependa do julgamento de outra - Precedentes da Corte" **(STJ - REsp 556059/SP - rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - DJ 07/03/2005)**

Logo, deve ser mantida a decisão que determinou a suspensão do processo, mas a suspensão deverá ficar restrita ao limite máximo determinado pela lei processual civil, ou seja, um ano.

3. - Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para manter a suspensão do andamento processual, limitada ao prazo de um ano, nos termos do art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0166619-66.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante S.F.A., são agravados V.M.C., N.A.C.A., G.A.C. e C.A.C..

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 22.357)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), ELCIO TRUJILLO e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

JOÃO CARLOS SALETTI, Presidente e Relator

Ementa: RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - Fase executiva - Indeferimento da cobrança, formulada pela companheira, dos valores da pensão por morte recebidos pelo cônjuge supérstite durante o curso do processo - Possibilidade, no entanto - Sentença declaratória da existência da sociedade de fato que gera efeitos "ex tunc", assegurando à companheira o recebimento de metade das pensões, pagas integralmente a outra beneficiária - Benefício concedido integralmente a ela pela Justiça Federal, com termo inicial diverso - Irrelevância - Direito da companheira à metade dos valores recebidos pelo cônjuge, até que implantada a pensão pela Previdência Social em favor exclusivo da companheira - Réus constituídos em mora com a citação - Possibilidade de compensação nos próprios autos, com os valores dela (companheira) cobrados - Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Em ação de reconhecimento de sociedade de fato cumulada com partilha de bens, em fase de execução, o Juízo indeferiu a cobrança dos valores da pensão por morte, recebidos pelos réus durante o curso do processo (fls. 8).

Insurge-se a autora (fls. 2/7). Sustenta: **a)** é aposentada, recebe um salário mínimo por mês, mora de aluguel e não possui bens que possam ser

Acesso ao Sumário

penhorados; **b)** a quantia pleiteada pelos réus supera o efetivamente devido; **c)** os réus devem ser condenados a restituir parte da pensão por morte que receberam durante o curso do processo, pois a decisão que declara a existência de união estável possui efeito "ex tunc"; **d)** está recebendo pensão por morte do *de cujos*, a qual foi concedida por sentença transitada em julgado no processo nº 2008.63.17.009180-0, que tramitou na Justiça Federal.

Requer seja reformada a r. decisão agravada.

A liminar recursal foi deferida às fls. 43/44.

Os agravados responderam às fls. 50/67.

É o relatório.

1. Busca a agravante receber os valores da pensão por morte, recebidos pelos réus durante o curso do processo.

O Juízo indeferiu o "requerido pela autora a fls. 289/290", porque "se a esposa e filhos do *de cujus* de caráter previdenciário porque constavam perante o INSS como dependentes, tal questão refoge ao âmbito da ação que foi julgada, que delibera apenas sobre a partilha de bens e direitos adquiridos na constância da convivência. Tal controvérsia, portanto, deverá ser dirimida em instância própria" (fls. 8).

Respeitado o entendimento da digna Magistrada, a r. sentença exequenda declarou o direito da recorrente *"a 50% da pensão de seu companheiro falecido junto ao INSS"* (fls. 17). A disposição sentencial foi confirmada nesta Instância (fls. 22/23, item 4).

Conforme dito por ocasião da apreciação da liminar recursal, consequência dessa declaração é assegurar à recorrente direito à percepção da metade da pensão desde a data da citação para esta causa, até o mês de maio de 2009, "momento em que passou a receber tais valores diretamente da Previdência Social" (fls. 6).

Não altera esse termo inicial a r. sentença proferida pelo Juízo Especial Federal, que assegurou à recorrente a percepção do benefício a partir (DIP) do dia 14 de junho de 2.006 (DER) - cf. fls. 35. O período anterior, desde a citação para esta causa, é assegurado pela decisão aqui proferida, e que garante à recorrente a metade do benefício, enquanto a Justiça Federal concedeu-lhe a totalidade.

Isto porque a sentença que reconhece a existência da união estável tem efeito "ex tunc", isto é, retroage no tempo ao termo inicial nela fixado. Neste caso, ficou reconhecido o direito à meação, com partilha de bens, à herança e à pensão por morte, conforme, aliás, restou igualmente reconhecido no Juízo Federal (fls. 35). A cobrança tem aí sua justificativa.

Assim, não há que falar no caráter alimentar de parte da pensão recebida

Acesso ao Sumário

pelo cônjuge supérstite, visto que a partir da citação foram constituídas em mora também quanto a essa pretensão reconhecida a final. Em outras palavras, tomaram ciência da pretensão da agravante ao recebimento de metade da pensão, como reconhecido a final.

O fato de a agravante auferir outro rendimento (aposentadoria), não retira seu direito ao recebimento de metade da pensão por morte a que faz jus, com as devidas compensações nos próprios autos, mesmo porque o deferimento se deu sem condição alguma.

Daí porque relevante o argumento recursal, a recomendar seja apurado o débito e possibilitada a exigência neste feito (quiçá com compensação parcial com o valor mandado a ela pagar), necessidade inexistindo de remessa das partes a outro e novo feito.

Por fim, não há como impor à agravante arque com as despesas funerárias do *de cujus* se o próprio acórdão, no julgamento dos embargos de declaração nº 0106457-18.2007.8.26.0000/50000 reconheceu não serem por ela devidas, na medida em que contratadas por pessoa estranha às partes.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2058632-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Lucélia, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado EDIVALDO LOURENÇO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 26.415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2014.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de antecipação de tutela - Deferimento parcial de antecipação de tutela - Determinação ao réu para que, no prazo de 5 dias, envie ao autor boleto para quitação antecipada do saldo restante de

Acesso ao Sumário

seus empréstimos consignados, devendo discriminar o valor total antecipado, o valor do desconto e o valor líquido a pagar, além da planilha demonstrativa do cálculo do saldo devedor, nos termos do artigo 23, § 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, sob pena de multa mensal no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais) - Existência de verossimilhança das alegações e receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Direito à quitação antecipada previsto no artigo 52, § 2º, do CDC - Cabimento da multa nos termos do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil - Fixação desta multa que deve ser mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (fls. 48/49 destes autos) que, em ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada ajuizada contra o agravante, antecipou parcialmente os efeitos da tutela de mérito com a determinação de que a parte requerida apresente à parte autora, no prazo de cinco (5) dias, boleto para quitação antecipada do saldo restante de seus empréstimos consignados sob nº 743702697, parcela no valor de R$ 127,00 e nº 739092138, parcela no valor de R$ 18,10, devendo discriminar o valor total antecipado, o valor do desconto e o valor líquido a pagar, além da planilha demonstrativa do cálculo do saldo devedor, nos termos do artigo 23, § 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, sob pena de multa mensal no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Insurge-se o agravante aduzindo que não estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela pleiteada, posto que inexiste verossimilhança nas alegações do autor, uma vez que não comprovou a recusa do banco em fornecer os boletos solicitados. Insurge-se, também, contra a multa fixada pelo douto Magistrado, considerando-a excessiva.

Recurso tempestivo, preparado, instruído e recebido com efeito suspensivo, sem apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

A irresignação do agravante não merece prosperar.

Atento aos documentos juntados aos autos, verifica-se que o autor firmou com o banco agravante contratos de empréstimos consignados em seu benefício previdenciário.

Com a pretensão de quitar antecipadamente o saldo destes contratos,

Acesso ao Sumário

solicitou a instituição financeira o envio dos boletos para quitação antecipada com a discriminação do valor total antecipado, do valor do desconto, do valor líquido a pagar e planilha demonstrativa do cálculo do saldo devedor, por meio de telegrama (fls. 72/73).

Esta solicitação não foi atendida pelo banco ora agravante, o que motivou o MMº Juiz da causa a conceder a tutela antecipada requerida pelo agravado, com fixação de multa mensal para o caso de descumprimento da medida pleiteada.

A antecipação de tutela, nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, é medida pela qual o juiz antecipa "total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial", que se condiciona à prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado e de fundado receio de sofrimento de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso *sub judice* a verossimilhança é clara, posto que descumprido o disposto no artigo 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor que dispõe: "É assegurado ao consumidor à liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos". Previsões neste mesmo sentido devem, também, ser lançadas nos contratos em questão. Cuida-se, portanto, de medida que encontra amparo legal e contratual.

Ademais, o deferimento da tutela antecipada não trará qualquer prejuízo ao agravante, que poderá receber seu crédito em um único pagamento. Por outro lado, o aguardo do provimento final, acarretaria maior onerosidade ao autor, pois haveria o prolongamento do pagamento da dívida.

Não colhe também, sua insurgência contra o cabimento da multa fixada pelo douto Magistrado.

Com efeito, de acordo com o artigo 461, § 4º: *"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

§4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito."

Como se vê, a multa imposta pelo juízo foi fixada nos termos do artigo supracitado, que faculta ao Juiz, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, impor multa diária ao réu para compeli-lo a cumprir o preceito, cuidando-se das chamadas *astreintes*.

A sua fixação no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), diga-se por mês de atraso, conforme a r. decisão agravada, não se revela, outrossim, excessiva, tendo-se em vista a capacidade financeira do agravante e a finalidade da multa, cuidando-se aqui, ademais, de medida que comporta ser facilmente cumprida

Acesso ao Sumário

pelo banco.

Veja-se a propósito a seguinte lição de Nelson Nery Junior:

"Imposição de multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz." (*in* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, editora RT, 11ª ed., nota 17 ao art. 461, pág. 702).

Correta, portanto, a fixação de multa estabelecida pelo douto Magistrado.

A alegação de ilegitimidade de parte arguida pelo agravante ainda deverá ser apreciada pelo douto Magistrado e em nada interfere quanto ao cumprimento da antecipação de tutela concedida ao agravante, porquanto a presente demanda foi ajuizada contra o recorrente na qualidade de sucessor do Banco Finasa, consoante mencionado pelo demandante. Ademais, o agravante e o Banco Bradesco Financiamentos S.A., que aponta como sucessor de mencionada financeira, são instituições integrantes do mesmo grupo societário, motivo pelo qual incide a propósito a regra do art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve ser mantida, portanto, a decisão de antecipação parcial da tutela pleiteada pelo autor da ação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao presente agravo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035860-43.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROSÁRIO PANTALENA, é agravado FARIASILVA IMÓVEIS E ADMINISTRAÇÃO S/C LTDA..

ACORDAM, em 15ª 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 13.043)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e MOURÃO NETO.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução - Desconsideração da pessoa jurídica para alcançar bens de sócios - Possibilidade - Indícios de desativação irregular das atividades da empresa - Elementos indicativos de tentativa de fraudar credores - Aplicação analógica da súmula 435 do STJ - Agravo provido.

VOTO

1. Agrava-se de decisão que, em execução movida pelo agravante à agravada, à vista de petição desta, esclareceu que o pedido de desconsideração de personalidade jurídica já foi indeferido (fl. 222).

Diz-se imperiosa reforma da decisão, já que a medida é a única suscetível de satisfazer o crédito. Isso porque, a ação foi distribuída em 2003 e, desde então, foram realizadas inúmeras diligências, visando localizar bens da agravada, todas infrutíferas. Outrossim, doutrina e jurisprudência majoritária dão respaldo à sua pretensão. Argumenta que a desconsideração da personalidade jurídica possibilita a responsabilização dos sócios quando a sociedade é utilizada como instrumento de fraude, inclusive contra credores. Afirma que a dívida existe desde 2002 e a agravada permanece inerte (embora citada, sequer constituiu advogado), quanto ao pagamento da dívida. Também, não é crível admitir que a empresa, em funcionamento desde o início da ação, não possua condições de saldá-la. Logo, a agravada está se valendo de atitude fraudulenta, esquivando-se do processo, de cuja existência tem ciência, conseguindo procrastinar e até mesmo evitar o pagamento da dívida, às custas do credor diligente. Salienta que seu indeferimento prestigia a atitude da agravada, de se valer de manobras ilícitas para furtar-se do pagamento, deixando seus credores de mãos atadas e estimulando-a a continuar com a atitude, pois sabe que a lei existe, mas não é aplicada em favor dos credores de boa-fé. Pede, pois, a este se proveja para desconsiderar a personalidade jurídica da agravada e incluir os sócios no polo passivo da ação, objetivando cumprimento da obrigação.

É o relatório.

2. Para constar, apesar de a decisão agravada fazer alusão a decisões anteriores relativamente à questão (fls. 189 e 209), de preclusão não se excogita, na medida em que a diligência de fls. 213/214, de 16/11/2013 (constatação de que a agravada não está mais no endereço da petição inicial da ação), traduz fato novo apto a ensejar análise do mérito do agravo.

Recurso fundado. De fato, nos termos do artigo 50 do Código Civil,

Acesso ao Sumário

a desconsideração da personalidade jurídica tem lugar quando caracterizado desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Como se sabe, o patrimônio da pessoa jurídica, ao menos em princípio, não se confunde com o da pessoa física de seus sócios. Trata-se da aplicação do princípio ***"universitas distat a singulis"***.

Fundamenta-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na fraude ou no abuso praticado pelos membros da pessoa jurídica, incluindo-se os casos de má administração, excesso de poder e infração direta da lei ou do contrato social, tudo a estabelecer a responsabilidade de seus sócios.

Dessa forma, somente nessas situações é que se justifica a aplicação dessa teoria, sob pena de se negar vigência ao sobredito art. 50 do Código Civil.

Nesse sentido, na hipótese, admissível a substituição processual pelos sócios, especialmente quando constatados sérios indícios de desativação irregular das atividades da empresa, sendo presumível sua inatividade quando não localizada no endereço designado em seus atos constitutivos.

Aliás, dispõe a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça:

> "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

É justamente isso que ocorre no caso, na medida em que todas as diligências judiciais, a requerimento do agravante, na tentativa de localizar bens da executada, indicam aquele já diligenciado pelo oficial de justiça **Rua Professor Antônio Gama de Cerqueira, nº 199, Vila Eiras, São Miguel Paulista/SP -**, e a agravada não está mais no local (vide fls. fls. 213/214), como se denota do documento de fl. 186, que converge para aquele endereço, com divergência apenas de número, mas esse só fato é irrelevante para os fins pretendidos, porque a agravada foi citada naquele endereço (fls. 39/41), bem como, a diligência consubstanciada no mandado de intimação de fls. 126/127 - positivo -, igualmente se deu lá.

Demais, há sérios indícios de encerramento irregular da empresa, com sua consequente desativação, sem a correspondente regularização perante os órgãos públicos (vide alteração contratual da executada de fls. 186/187, donde se constata que estaria no mesmo endereço desde o ano de 1997).

Evidenciados, pois, os fundamentos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50 e CPC, art. 596), com sérios indícios de que os sócios da executada estão se utilizando da sociedade em benefício próprio para eximir-se da responsabilidade pelo cumprimento das suas obrigações, faz-se necessária incidência da penhora sobre seus bens particulares, com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, já que o irregular encerramento das atividades da sociedade está a indicar a existência de infração

à lei. Devem, pois, os sócios daquela, responder com seus bens particulares pela dívida.

A respeito - **mutatis mutandis**:

"EXECUÇÃO CONTRA PESSOA JURÍDICA - Desativação da empresa - Ausência de bens para a penhora - Determinação da constrição em bens dos sócios pela aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica - Cabimento - Agravo improvido" - (AI n° 207.116-4/3, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi, j. 09/08/01).

Aliás, essa providência é a única alternativa para se tentar evitar a consumação de fraude e preservar o direito do credor, sem que se possa prestigiar inadimplência.

Por fim, o fato de permanecer incólume o auto de penhora de fls. 42 - lavrado em 05/7/2005 -, à vista do lapso temporal decorrido, é evidente que os bens lá relacionados não são suficientes à satisfação da execução que, em dezembro/2013, atingia o montante de R$ 12.507,28 (fl. 219).

3. Pelo exposto, provê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036603-53.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO, são agravados M C H ABBOUD CONFECÇÕES ME. e MAURICIA CRISTINA HAKME ABBOUD.

ACORDAM, em 15ª 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 20726)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 8 de abril de 2014.

MANOEL MATTOS, Relator

Ementa: CONEXÃO - Execução, embargos à execução e ação revisional - Determinação de reunião dos feitos para julgamento em conjunto - Ajuizamento de ação revisional anteriormente, fundada no mesmo contrato - Possibilidade de reunião das ações - Preponderância da similitude das questões a serem analisadas em

Acesso ao Sumário

todos os feitos - Súmula nº 72 do TJSP - Tendência mais recente do STJ - Conexão reconhecida - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se agravo de instrumento tirado contra decisão do MM. Juiz que nos autos da execução reconheceu a conexão com os embargos à execução e com a ação de revisão de contrato, determinando a remessa dos autos para a 3ª Vara Cível desta Capital.

Insurge-se o agravante aduzindo que inexiste conexão entre as ações. Argumenta que são ações de naturezas diversas, pois a execução possui caráter satisfativo e a ação de prestação de contas e a revisional almejam sentenças declaratórias. Diz que a ação de execução não comporta realização de perícia e que somente pode ser suspensa com a concessão, nos embargos à execução, do efeito suspensivo. Postula o provimento do recurso, para o prosseguimento da ação de execução.

Recurso regularmente instruído, sem efeito suspensivo a apreciar, dispensadas as informações do MM. Juiz e contraminuta do agravado.

É o relatório.

O douto juiz reconheceu a existência de conexão entre a presente execução de título extrajudicial, os embargos à execução (nº 0030531-97.2013.8.26.0007) e a ação de revisão de contrato (n° 0008290-32.2013.8.26.0007), ajuizada perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional VII de Itaquera, proposta anteriormente as demais.

A decisão proferida não merece reparo.

Ainda que haja definição no art. 585, § 1º, do CPC, no sentido de que *"A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução"*, o que prepondera no caso examinado é a similitude de questões a serem examinadas em ambos os feitos. A ação declaratória poderá em seu resultado final alterar de forma substancial o valor do título, ou até determinar a sua inexistência, razão porque é necessário atuar com ponderação em questões como essas.

Dispõe o artigo 103 do CPC:

"Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir".

No caso em tela, verifica-se que as ações têm as mesmas partes e versam sobre a mesma relação contratual. Em tais circunstâncias, está caracterizada a conexão entre elas. Nesse sentido, a Súmula nº 72 deste Tribunal, publicada no D.J.E. de 14 de abril de 2011, com o seguinte teor:

Acesso ao Sumário

"Há conexão entre ação declaratória e executiva fundadas no mesmo título".

O C. Superior Tribunal de Justiça foi até mais além, reconhecendo a conexão entre ordinária e execução, independentemente da interposição dos embargos. Aquela C. Corte vem atribuindo a estas ações declaratórias o caráter de embargos, com as consequências pertinentes. Assim os precedentes:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO - POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL, EM COMARCA DIVERSA - ART. 100, INCISO IV, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - OCORRÊNCIA - MÉRITO - CONEXÃO - ART. 103 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXISTÊNCIA - JULGAMENTO CONJUNTO - NECESSIDADE - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ECONOMIA PROCESSUAL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DESPACHOU EM PRIMEIRO LUGAR - ART. 106 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A matéria relativa ao art. 104, inciso IV, alínea "d", do Código de Processo Civil, foi devidamente prequestionada pelo Tribunal de origem, porquanto, ao reconhecer a necessidade da reunião das causas com o intuito de evitar decisões conflitantes, a Corte a quo *afastou expressamente a regra do local onde a obrigação deveria ser adimplida;*

II - As ações autônomas de declaração de inexistência da relação obrigacional possuem natureza jurídica idêntica à dos embargos do devedor, podendo, inclusive, substituí-los na hipótese de ajuizamento anterior, já que, repetir os mesmos fundamentos e causa de pedir nos embargos, implicaria litispendência;

III - Na espécie, há estrito liame de conexão entre a ação de execução das notas promissórias e a ação declaratória de inexistência de relação obrigacional, a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos (art. 103 do Código de Processo Civil), prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (art. 106 do Código de Processo Civil);

IV - Cumpre ao Juízo de Direito, que teve a sua competência prorrogada, se for o caso, conferir à ação declaratória de inexistência de relação obrigacional o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, determinando, inclusive, presentes os requisitos legais, a suspensão da execução;

V - O óbice da ausência de similitude fática impede a apreciação da

Acesso ao Sumário

divergência jurisprudencial suscitada pela recorrente;

VI - Recurso especial improvido." (STJ, REsp 1169422/AL, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, j. 16/08/2011, DJe 22/06/2012).

"EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. AJUIZAMENTO PELO DEVEDOR DE 'AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO, CUMULADA COM ANULATÓRIA DE TÍTULO'. APROVEITAMENTO COMO EMBARGOS. A ação revisional de contrato, cumulada com anulatória de título, segundo a jurisprudência do STJ, deve receber o tratamento de embargos à execução, com as conseqüências daí decorrentes. Recurso especial não conhecido." (STJ, 4ª Turma, REsp nº 318.254-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 09.10.2001, DJU 11.03.2002, p. 257).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONEXÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA SEGUIDA DE EXECUÇÃO. REUNIÃO DOS FEITOS. SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO IMPROVIDO.

I. O entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que o aforamento de ação declaratória anteriormente ao processo executivo, com gênese no mesmo título, caracteriza a conexão (art. 103 do CPC), de modo a permitir a reunião dos feitos. Precedentes do STJ.

II. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no REsp 1196806/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 22/03/2011, DJe 28/03/2011).

A ação declaratória busca o reconhecimento da inexigibilidade do débito em relação ao título executivo extrajudicial. Ademais, os embargos à execução trouxeram elementos que, ao menos em princípio, afirmam a relação de conexão entre a execução e a ação declaratória anteriormente proposta, permitindo a apreciação conjunta de todas as questões suscitadas.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044098-85.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante TECONDI TERMINAL PARA CONTAINERES DA MARGEM DIREITO S.A., é agravado ITAÚ SEGUROS S/A.

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 15.631)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente) e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

FERNANDES LOBO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que indeferiu o pedido da agravada de inclusão na lide da denunciada, condenada em lide secundária – Solidariedade – Opção do credor, e não do devedor solidário – Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de instrumento interposto contra r. decisão de fls. 33, proferida pelo MM. Juiz Cláudio Teixeira Villar, que indeferiu o pedido da agravante de ver o cumprimento da sentença ser direcionado diretamente à denunciada.

Insurge-se a agravante, alegando que a lide principal e a secundária teriam sido julgadas procedentes e que não caberia ao credor manifestar o interesse na inclusão da denunciada, e sim à agravante. Trouxe aos autos inúmeros precedentes nos quais foi permitida a inclusão da denunciada.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Vieram informações do juízo.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

De fato, com o julgamento de procedência da lide principal e da lide secundária, a agravante e a denunciada (Bradesco Seguros S.A.) tornam-se devedoras solidárias. O que quer dizer que o credor pode executar qualquer uma, ou as duas, para obter seu crédito. No entanto, e este é o ponto importante, isso é uma opção do credor. Não há outra interpretação do artigo 275 do Código Civil, localizado na Seção III - "Da solidariedade passiva":

> "Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.
>
> Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores."

Não cabe a nenhum dos devedores apontar quem deve responder pela dívida, ao menos não no cumprimento de sentença iniciado pelo credor. Eventual direito de regresso, no caso da agravante em face da denunciada, não

Acesso ao Sumário

pode perturbar a fase de cumprimento de sentença a que deu início a agravada.

Nesse sentido:

"Embargos à execução - Solidariedade - Opção do credor eleger qual dos devedores acionar pela totalidade da dívida - Sucumbência divisível - Ratificação dos fundamentos - Aplicação do art. 252 do RITJSP/2009 - Recurso improvido."

(TJSP, Apelação nº 9231077-46.2007.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 22.11.2011).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação de cobrança - Dívida oriunda de consumo de água - Natureza propter rem da obrigação, cabendo ao proprietário (e/ou co-proprietários) arcar com os débitos referentes ao imóvel - Solidariedade entre os co-proprietários - Exigibilidade de um ou de alguns dos devedores - Opção do credor - Integração do pólo passivo por todos os herdeiros após a partilha - Desnecessidade - Recurso improvido."

(TJSP, Apelação nº 9183899-67.2008.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Nunes, j. 26.04.2010).

O STJ possui o mesmo entendimento:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. RESGATE DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. UNIÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A solidariedade obrigacional não importa em exigibilidade da obrigação em litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC), mas antes na eleição do devedor pelo credor, cabendo àquele, facultativamente, o chamamento ao processo (art. 77 do CPC). 2. (...) 3. A parte autora pode eleger apenas um dos devedores solidários para figurar no pólo passivo da demanda, consoante previsto no art. 275 do Código Civil, que regula a solidariedade passiva: 'Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.' 4. (...) Outrossim, a possibilidade de escolha de um dos devedores solidários afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário por notória antinomia ontológica, porquanto, o que é facultativo não pode ser obrigatório. (Precedentes: REsp 1111159/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 19/11/2009; REsp 1018509/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009; AgRg no CC 92.312/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 05/03/2009; REsp 1052625/

Acesso ao Sumário

PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 10/09/2008; AgRg no CC 83.169/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/2008, DJe 31/03/2008) 7. Recurso especial provido, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Estadual para apreciação do feito. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1145146/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Portanto, embora o agravante tenha razão no tocante à possibilidade de execução contra a denunciada, não cabe a ele, devedor solidário, realizar tal escolha.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024729-71.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CARLOS BIAGI, é agravado NEY JOSÉ BENEDETTI FILHO.

ACORDAM, em 33ª 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 25.926)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e CARLOS NUNES.

São Paulo, 7 de abril de 2014.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Crédito exequendo derivado de sentença condenatória proferida em 2001 e transitada em julgado em 2006 - Empresa devedora que não pagou a dívida nem nomeou bens à penhora - Não localização de bens capazes de garantir o pagamento do débito - Empresa devedora, demais disso, em recuperação judicial - Possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio que se retirou da empresa no curso do processo - Situação já resolvida pelo Tribunal em desfavor de outra sócia retirante - Apontamento

Acesso ao Sumário

de bens particulares dos sócios, em descompasso com a situação de penúria da empresa a justificar a medida atacada - Recuperação judicial da devedora principal que também não impede a desconsideração e o seguimento do processo em face dos sócios até satisfação da dívida, abatida eventual quantia paga na recuperação - Excepcionalidade da medida reconhecida na espécie - Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de ação de cobrança fundada em contrato de parceria agrícola (cumprimento da sentença), declarou a desconsideração da personalidade jurídica da ré Santa Maria Agrícola, determinando a inclusão dos sócios Carlos Biagi, Manoelita Maria Avelino Biagi, Nopel Participações Ltda. e Wilson Tortorello no polo passivo da lide.

Afirma o agravante que se retirou da sociedade a 02.06.2004, antes do processo de conhecimento ser examinado por este Tribunal em 2006, certo que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora ocorreu em agosto de 2008. Sustenta que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional empregada em situações em que há prova inequívoca de confusão patrimonial de modo a fraudar possíveis credores, exigindo, dessa forma, prova robusta da má conduta da empresa por parte dos seus administradores ou sócios com o fito de prejudicar terceiros, o que não se verifica no presente caso. Alega, por outro lado, que, ainda que se admita a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no presente caso, tal medida não poderia alcançá-lo, pois, nos termos do artigo 1.003, do Código Civil, a responsabilidade do sócio que se retira perdura pelo prazo máximo de dois anos, bem como porque é detentor de capital social totalmente integralizado, ausente nos autos provas ou documentos que indiquem a prática de atos administrativos irregulares, ressaltando que há nos autos procuração que comprova que a empresa era administrada por terceiros. Aduz que o artigo 50, do Código Civil, é taxativo ao permitir a desconsideração da personalidade jurídica apenas quando ficar caracterizado o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial, o que nos autos não se presume, muito menos se comprova. Salienta que em outubro de 2006 foram localizados inúmeros bens em nome da empresa devedora, cuja avaliação chegou a R$ 395.000,00, que poderia quitar cerca de 1/4 da dívida que, na época era de cerca de 1,6 milhão de reais, além de 4 imóveis que, apesar de gravados com hipotecas, poderiam ser enviados à praça. Afirma que, quando da desconsideração da personalidade jurídica, sequer houve avaliação dos

Acesso ao Sumário

imóveis e levantamento da dívida da empresa ou solicitação das declarações de imposto para justificar seu não funcionamento. Argumenta que não há preclusão em razão da interposição de agravos anteriores por outros interessados contra a mesma decisão, tendo em vista que tais recursos não foram conhecidos por ausência de peças. Alega, ainda, que a empresa executada e suas coligadas requereram recuperação judicial, medida que impõe a suspensão de todas as ações em curso, inclusive as dos credores particulares dos sócios. Salienta que o crédito do agravado está arrolado, na sua totalidade, nos autos da recuperação judicial, sendo certo que, com a aprovação do plano de recuperação judicial houve expressamente a novação de todas as obrigações anteriormente assumidas pelos sócios administradores da empresa, razão pela qual o prosseguimento da execução com relação aos sócios anteriores da empresa torna-se verdadeiro "bis in idem". Requer o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora.

Seguiu-se a apresentação de contraminuta.

Remetidos os autos à mesa, sobreveio a petição de fls. 2291/2295 do agravante, com informações acerca da recuperação judicial, reiterando o pedido de provimento deste recurso.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o agravado ajuizou ação de cobrança fundada em contrato de parceria agrícola em face da empresa SANTA MARIA AGRÍCOLA LTDA. em setembro de 1998 (fl. 35), seguindo-se a sentença de procedência proferida em 2001, mantida no julgamento da apelação e dos embargos de declaração (fls. 221/224 e 233/235), com trânsito em julgado certificado a 24.02.2006 (fl. 236).

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, a devedora foi intimada para pagamento do débito de R$ 1.359.719,30, tendo decorrido "in albis" o prazo para tanto (fls. 256/259 - 14.02.2007). Restou infrutífera a tentativa de bloqueio "on line" de dinheiro via BACEN-JUD (fls. 269/271), sendo localizados veículos da empresa, determinada a penhora e avaliação (fls. 344/345).

O agravado desistiu da penhora dos veículos por serem insuficientes para pagamento do débito e, alegando que os imóveis registrados em nome da executada continham inúmeras constrições, requereu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (fls. 358/370), apontando inúmeros imóveis em nome dos sócios, dentre os quais o agravante. Apresentou o contrato social e informações da JUCESP da executada, que foi constituída em 30.06.1982 e tinha como sócios Carlos Biagi e Manoelita Maria Avelino da Silva Biagi, que se retiraram da sociedade a 02.06.2004, admitidos como sócios a Nopel Participações Ltda. e Wilson Tortorello (fls. 372/385).

Pelas decisões de fls. 668/669 e 684/685, de 04.08.2008 e 14.10.2008,

Acesso ao Sumário

respectivamente, foi desconsiderada a personalidade jurídica da Santa Maria Agrícola Ltda., determinada a inclusão no polo passivo de todas as pessoas que integraram e integram a sociedade, conforme acima explicitado.

Santa Maria Agrícola interpôs agravo de instrumento contra decisão de desconsideração da personalidade jurídica (fls. 745/754), mas seu recurso não foi conhecido por estar deficientemente instruído (acórdãos copiados as fls. 816/819 e 824/827).

Pela petição datada de 18.04.2012, a Santa Maria Agrícola pediu a suspensão do andamento da ação de cobrança por conta do deferimento da sua Recuperação Judicial a 31.01.2012 (fls. 1045/1048), o que foi deferido pelo prazo do artigo 6º, § 4º, da Lei Federal nº 11.101/2005, conforme se verifica as fls. 1049/1050, decisão de 30.05.2012.

Manoelita Maria Avelino da Silva Biagi, ao que consta esposa do agravante, por sua vez, ingressou nos autos e também interpôs agravo de instrumento contra a desconsideração da personalidade jurídica (fls. 939/950), recurso que também não foi conhecido, conforme acórdãos de fls. 1027/1030 e 1037/1040, de março e maio de 2011.

Ela apresentou impugnação ao cumprimento de sentença (fls. 953/962) apreciada em dezembro de 2011, conforme se verifica as fls. 1041/1044, parcialmente acolhida, tendo oposto embargos de declaração, rejeitados pela decisão copiada a fls. 1017/1018.

Na sequência, Manoelita interpôs novo agravo de instrumento (fls. 1059/1069), ao qual foi negado provimento (fls. 1076/1081), julgamento ocorrido a 30.07.2012.

O agravante, por sua vez, foi citado por edital e, como primeira medida, interpôs este agravo.

Esta Câmara já teve oportunidade de se pronunciar sobre algumas das questões suscitadas na minuta recursal quando do julgamento dos recursos interpostos por Santa Maria Agrícola Ltda. e por Manoelita Maria Avelino da Silva Biagi, nada justificando a modificação do que até aqui foi decidido a respeito.

Com efeito, embora o agravante tenha se retirado da sociedade em 2004, bom de ver que a esse tempo a empresa que ele representava já tinha sido condenada em primeiro grau a pagar dívidas vencidas nos anos 90, frutos do contrato firmado com o agravado. Quer dizer, as dívidas foram contraídas ao tempo em que o agravante era, inclusive, o detentor da maior parte do capital social da empresa devedora.

Logo, irrelevante a alegação de que sua responsabilidade cessou passados dois anos da sua saída da empresa.

É evidente, por outro lado, que a desconsideração da personalidade

jurídica é medida excepcional. Ocorre que a excepcionalidade alvitrada pelo agravante está presente nos autos principais, representada neste instrumento pelo traslado de quase duas mil folhas que contam a história de um credor que luta incessantemente pela realização do seu expressivo crédito reconhecido por decisão transitada em julgado desde 2006.

A insolvência da empresa devedora atestada pelo pedido de recuperação judicial e pela quantidade imensa de credores, conforme rol constante do edital trazido aos autos, contraposta à existência em nome do agravante de inúmeros imóveis e direitos creditícios junto a terceiros dão bem a dimensão da excepcionalidade de que se fala aqui, por isso que atendido tal requisito para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Como bem ponderado pelo agravado em uma das peças trasladadas, com a venda da cana de açúcar objeto do contrato firmado com a Santa Maria, o agravante obteve recursos para pagar o que devia na ocasião, de forma que se assim não procedeu foi porque deu destino diverso ao dinheiro obtido.

O fato de a empresa ser ou ter sido administrada por terceiros em absolutamente nada exonera o agravante da responsabilidade pelo que sucedeu com a empresa, certo que se vingar esse tipo de argumento fácil será para qualquer administrador escapar das suas responsabilidades perante terceiros que de boa fé com ela contrataram.

A existência de alguns bens da empresa, por sua vez, não desautoriza a medida atacada, sobretudo quando, como neste caso, os móveis são insuficientes para amortizar parte substancial da dívida e os imóveis estão comprometidos com hipotecas e penhoras de interesse de outros credores até com privilégio superior ao do crédito do agravado.

A recuperação judicial obtida pela empresa devedora em nada beneficia o agravante, a não ser no caso de algum pagamento ser efetuado ao agravado. Até lá, no entanto, aplica-se, como já decidido no agravo de instrumento interposto por Manoelita, o disposto no parágrafo 1º do artigo 49 da Lei Federal nº 11.101/2005.

Bem por isso, a notícia agora trazida pelo agravante, no sentido de que o Juízo da recuperação judicial determinou a convocação de nova assembleia de credores, em virtude da perspectiva de recebimento de crédito da União, não tem reflexo na solução deste incidente, pelo menos por ora.

Em suma, correta a decisão atacada que, por isso, deve subsistir em todos os seus termos.

Isto posto, voto pelo não provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026817-82.2014.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é agravante PAULO HENRIQUE LEBRON, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para pronunciar a prescrição intercorrente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 7 de abril de 2014.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO. Falta de bens penhoráveis. Inexistência de obstáculo para que a prescrição corra. Instituto jurídico de direito material que não pode ser contornado pela execução frustrada. Inércia que há de perder o sentido de punição por negligência para encerrar também a impossibilidade de ação por quem ela prejudica. Recurso provido para pronunciar a prescrição intercorrente.

VOTO

Cuida-se agravo de instrumento, respondido e bem processado, objetivando reforma da r. decisão de primeiro grau que negou a existência da prescrição intercorrente. Quer vê-la pronunciada o agravante, em ação de execução contra devedores, ajuizada em 1997, consubstanciada em título executivo extrajudicial (nota promissória), vinculado ao contrato de empréstimo retorno-parcelado firmado em 1996, com o Banco Nossa Caixa (sucedido pelo Banco do Brasil). Aduz ter o processo ficado paralisado por mais de 10 anos.

É o relatório.

Razão assiste ao agravante.

Consta dos autos que a citação ocorreu em 14/07/1997. A penhora de veículo e imóvel em nome do devedor foi solicitada em 12/08/1997, e deferida. Em 31/07/2000, a penhora foi efetivada, porém, depois, afastada. Em 10/09/2002, foi requerida a suspensão do feito, nos termos do art. 791, III, do CPC, e deferida conforme fl. 51. Ultrapassados quase 10 anos, em 24/04/2012, o exequente juntou

Acesso ao Sumário

nova procuração, em razão da mudança dos causídicos, fl. 53, sem, contudo, nada requerer. Em 07/08/2012, requereu o desarquivamento do processo, e, mais uma vez, nada requereu. Os autos retornaram ao arquivo em 18/10/2012, em razão da inércia. Somente em 26/10/2012, requereu a penhora "on- line" (fl. 61); tendo sido o Banco intimado a recolher a taxa de desarquivamento, em 08/11/2012, o que cumpriu em 21/11/2012. Em 08/05/2013, houve novo pedido de sobrestamento do feito por mais 45 dias.

Pois bem.

A prescrição é a perda da ação no sentido material, razão pela qual seu pronunciamento produz extinção do processo com o julgamento do mérito (cf. CPC, 269, IV) e, pois, incidência da coisa julgada material (cf. CPC, 467 e 468). É, pois, instituto de direito material, e não de direito processual.

Corporifica um dos mais antipáticos institutos jurídicos vez que sacramenta o inadimplemento, o calote, o enriquecimento sem causa. Só é tolerável por causa da segurança às relações jurídicas, que seria comprometida pela indeterminação do prazo do exercício da ação. Nesse aspecto é instituto de ordem pública. Sempre foi encarada a prescrição como *pena*, a *"sanção adveniente"*. Liga-se à ideia de *inércia*. Paga o credor o preço de sua *inércia*. **Dormientibus non succurrit ius** (*O direito não socorre os que dormem*) já diziam os romanos. Diziam também: **Ius civile vigilantibus scriptum est** (*o direito civil foi escrito para os que estão atentos*). A inércia, o comodismo, o sono, nunca foram bem vistos.

Em suma, o instituto da prescrição encerra dois males: o *inadimplemento absoluto* e a *preguiça*. É entre estes dois valores negativos que sempre se situaram a doutrina e jurisprudência. Não é sem razão, pois, que o instituto veio acompanhado de uma série de exceções legais: não corre em certos casos; é passível de suspensão ou de interrupção em outros; é renunciável em determinadas situações, e pode ser invocada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. A perda do direito ao exercício da pretensão vem cercada de cautelas e exceções. E nem poderia ser diferente.

Em tempos de **revisitação** de institutos jurídicos, acredita-se ser hora de *revisitar* o instituto da prescrição porquanto coisas novas estão surgindo.

O caráter de instituto de ação pública foi ainda mais enfatizado pela revogação do art. 194 do Cód. Civil pela Lei nº 11.280/06. O dispositivo revogado impedia o reconhecimento, de ofício, da prescrição nos interesses patrimoniais. Esta mesma Lei, alterando o CPC, permitiu ao juiz o reconhecimento, de ofício, da prescrição (Art. 219, º 5º). Por construção doutrinária jurisprudencial foi introduzida, no sistema jurídico, a *prescrição intercorrente*, ou seja, a que incide em ações judiciais em andamento.

Os novos tempos não deixaram de trazer reflexos na jurisprudência.

Acesso ao Sumário

Temos uma posição conservadora:

Assim, "*Estando suspensa a execução, em razão de ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente" (STJ-4ª T, REsp 280.873, Min. Sálvio Figueiredo, j. 22.3.01. DJU 28.5.01). No mesmo sentido: STJ-3ª T, REsp 1.288.131-AgRg. Min. Sidnei Beneti, já 13.12.11, DJ 1.2.12; JTJ 350/26 (AI-7.457.112-1)." (***apud** THEOTONIO NEGRÃO **in** Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 45ª ed., 2013, atualização de José Roberto G. Gouvêa e Outros, nota. 6 ao art. 791).

Nota-se, agora, uma evolução:

Entretanto: "*flui o prazo prescricional se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las (STJ-4ª T, REsp 327.329, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.8.01, DJU 24.9.01).*" (cf. *ob. e nota cit.*) E mais: "*Não parece razoável que, sem demonstrar o exequente atividade durante do prazo de suspensão do processo - adotando diligências para o êxito da execução -, possa o litígio perdurar indefinidamente, mantendo a instabilidade jurídica e assoberbando o judiciário com feito que, pela inação do exequente, não caminha para a sua solução. Desse modo, se realizada intimação com advertência, e ainda assim o credor não apresentar bens do devedor ou não requerer outras medidas pertinente, fica inviabilizado o prosseguimento da execução, não cabendo a renovação da suspensão processual" (STJ-4ª T., REsp 991.507, Min. Luis Felipe, j.16.8.12, DJ 29.8.12).*" (cf. *ob. e nota cit.*)

Agora, em meu sentir, há evolução maior ainda:

"***Prescrição intercorrente**. A prescrição é instituto de direito material, tendo prazos e consequências próprias, que não se confundem com a extinção do processo regulada pelo art. 267 do CPC. Começa a fluir do momento em que o autor deixou de movimentar o processo, quando isso lhe cabia. Consumada, a declaração de que ocorreu **não está a depender de prévia intimação ao autor**, para que dê andamento ao feito" (RSTJ 37/481). No mesmo sentido: JTJ 337/181 (AI 7.286.445-8).*" (cf. *ob cit., notas 24 ao art. 219*)

Repugna a consciência jurídica a ideia de que a execução se eternize, deixando-se nas mãos do credor o poder "*ad infinitum*" de exigir a pretensão. Se a prescrição é um mal, sem dúvida constitui mal **menor** do que a perpetuidade do poder de exigir a pretensão, já ressaltado.

Por outro lado, só a ingenuidade faz acreditar que um dia o devedor possa adquirir bens e, com eles, garantir a execução eternizada. Ninguém em sã consciência adquirirá bens para perdê-los em seguida.

O sistema do Código de Processo Civil, ressalte-se ademais, não é compatível com eternizações. Tanto isso é verdade que impõe um prazo máximo

Acesso ao Sumário

de suspensão do processo, que é de um ano (cf. CPC, 265, § 5º), dispositivo aplicável ao processo de execução por força do art. 598 do mesmo diploma. Não se ignora a existência de vozes que, escudando-se no "subsidiariamente", constante do texto, dizem não haver aplicação, na execução, do prazo máximo de suspensão. Discorda-se delas, evidentemente, porquanto, ou o Código é um todo harmônico, ou estabeleceu uma contradição sem razão de direito. É certo que não fez, como assim o fez a Lei nº 8.830/80, que, em seu art. 40, § 2º, manda arquivar o processo em não se encontrando bens penhoráveis em um ano. Depois permite a volta à ativa, mas pelo menos não deixa o feito no *limbo*. O CPC fez melhor: não permitiu arquivamentos provisórios, verdadeiros cadáveres insepultos a assombrar magistrados, entupir prateleiras ou arquivos de computador, em tempos de processos virtuais.

Assim sendo, ao menos quanto ao desenvolvimento válido e regular, a execução não pode ficar suspensa por mais de um ano. Agora, se ocorreu a prescrição, melhor ainda: acaba-se de vez com a pretensão.

É chocante o credor ficar de mãos atadas por falta de bens exequíveis? É. Mas muito mais chocante é vê-lo com o poder perene de exercer sua pretensão, numa verdadeira brincadeira de gato e rato com o devedor, que jamais poderá ter bens em seu nome na vida ou recompor o crédito, sem pagar aquele credor do seu passado distante, a atormentá-lo com qualquer certidão negativa de ações de que precise, bem como com a bola de neve da dívida, a ensejar o correr dos juros de mora e da correção monetária. É o horror sem fim.

E os bancos? É sabido que, para que tenham desconto no Imposto de Renda, é imperativo corra determinado prazo do inadimplemento. Assim, ainda que o executado não tenha bens, não pode desistir da execução porque perde o desconto. E disso tem de dar satisfações aos acionistas. Usa-se o Poder Judiciário, portanto, como anteparo à legislação tributária, ao arrepio do *princípio da efetividade do processo*.

Não é possível prender-se mais ao conceito de inércia como ociosidade, negligência ou algo do gênero. Se não há como não ficar inerte, a prescrição tem que correr. Não foi sem razão, pois, que agora pode ser conhecida de ofício. Interessa ao Estado de Direito acabar com pretensões irrealizáveis. Não pode o Processo Civil ser usado para contornar um instituto de direito material. A prescrição encerra um valor em si mesma. Fora dos casos de suspensão, interrupção, renúncia ou que não corre, por opção do Legislador, há de correr. Que o credor lance mão, pois, dos meios de interrupção previstos em lei, e não da execução incoada.

Não faz sentido exigir do credor que se ponha a requerer ao Juízo a expedição de ofícios que se sabe de antemão inúteis ou, de quando em vez, provocar o rastreamento negativo, via Judiciário, de contas bancárias pelo Brasil

Acesso ao Sumário

afora, mesmo na certeza de que não irá encontrá-las. Ou se pôr a extrair certidões negativas de cartório de registro de imóveis, de tempos em tempos, só por causa das datas. Tudo para mostrar não ter ficado inerte. Trabalhou inutilmente, como já era sabido deste o início, mas inerte não ficou.

Pelo exposto, pelo meu voto, provejo o recurso para pronunciar a prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012582-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante JOSÉ ANTONIO DE SANTANA, é agravado B.V. FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não 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 30544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: PROVA - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Desnecessidade de perícia contábil - Possibilidade de o julgador reconhecer a abusividade das cláusulas leoninas e ilegais - Preliminar afastada - Recurso nesta parte improvido.

PROVA - Documentos - Juntada do contrato original - Pedido que carece de interesse recursal - Documentos suficientes para o deslinde da ação - Recurso nesta parte não conhecido.

VOTO

1) Insurge-se o agravante contra decisão proferida nos autos da ação ordinária em que o MM. Juiz "a quo" indeferiu a prova pericial e a exibição do contrato original. Alega, em síntese que: necessária a apresentação do contrato original para se verificar a realização das rubricas no instrumento; a abusividade das cláusulas somente poderá ser constatada através de perícia contábil; trata-se

de questão de fato a ser decidida nas instâncias ordinárias; o contrato original deverá ser apresentado porque é questão controvertida o valor das parcelas do financiamento; na hipótese de não juntado do original, deverá ocorrer a presunção dos fatos alegados na inicial.

Beneficiário da Justiça gratuita.

Recebido o recurso, foi respondido.

É o breve relatório.

2) Conhece-se em parte o recurso e, na parte conhecida, não merece acolhimento.

Encontra-se consolidado na jurisprudência o entendimento sobre a dispensabilidade da perícia contábil para apuração das alegadas irregularidades contratuais.

O julgador poderá, sem se ater à indigitada prova, decidir a respeito da incidência ou não das cláusulas contratuais acoimadas de ilegais.

Questões que se relacionem com a capitalização dos juros, bem como com a abusividade dos índices utilizados para a cobrança daqueles não necessitam de constatação pericial, podendo o juiz fixar critérios para o refazimento dos cálculos, prescindindo dessa prova.

Assim já decidiu esta C. Câmara: **Apel. 1.090.231-3 - Rel. Des. JOSÉ MARCOS MARRONE - j. 28.05.08; Agr. Instr. 7.222.447-8 - Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA - j. 1.04.08.**

No tocante ao pedido de apresentação do contrato original, o autor carece de interesse processual.

Verifica-se que a cédula de crédito bancário de fls. 43/44 está em sua versão original, constando a data e assinatura do agravante.

Esse documento basta para se constatar o liame negocial existente entre as partes, bem como, todas as questões suscitadas no processo.

Ante o exposto, conhece-se em parte do recurso e, na parte conhecida, nega-se-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2020604-60.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante BOMBRIL MERCOSUL S.A., são agravados EMPÓRIO DAS EMBALAGENS LORENA LTDA. - ME. e HIGIBRIL HIGIENE E LIMPEZA LTDA. - ME..

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 2ª 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 25.709)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 14 de abril de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA - Negativa em primeiro grau de pedido de abstenção de uso de nome empresarial, e domínio virtual - Pleito reiterado em segunda instância - Pertinência - Institutos demandados que devem ser amparados pelos mesmos princípios e conceitos que se tem dedicado à proteção marcária - Agravante que é titular da marca "bombril", consolidada há muitas décadas no mercado brasileiro e detentora da proteção especial outorgada às marcas de alto renome - Compreensão jurisprudencial de que o vocábulo "bril" é elemento significativo identificador da marca bombril, condenando-se sua reprodução por empresas diversas - Indução ideológica utilizada na construção do vocábulo "higibril" que pode levar a indesejáveis aproveitamento parasitário, e comprometimento do poder de distintividade da marca da agravante - Antecipação de tutela concedida - Agravo de instrumento provido.

DISPOSITIVO: Deram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto por Bombril Mercosul S/A dirigido a r. decisão interlocutória proferida pela Drª. Priscilla Bittar Neves Netto, MMª. Juíza de Direito da E. 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo que, nos autos de ação de abstenção cumulada com pedido indenizatório ajuizada em face de Higibril Higiene e Limpeza Ltda. – ME. e Empório das Embalagens Lorena Ltda. – ME., indeferiu o pedido de antecipação de tutela sob a seguinte fundamentação (fl. 495-496):

Vistos.

Trata-se de pedido de antecipação de tutela para o bloqueio de qualquer acesso ao nome de domínio www.higibril.com.br, bem como para que seja determinado à ré Higibril Higiene e Limpeza Ltda.-ME. que altere seu nome empresarial para outra expressão que não contenha a marca BRIL, pertencente à BOM BRIL.

O artigo 273 do Código de Processo Civil prevê que o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança das alegações e haja receio de dano irreparável ou difícil reparação ou reste caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. No caso em análise, não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Em que pesem os documentos de fls. 43/60 evidenciarem ser a autora titular da marca "BOM BRIL", bem como de diversas outras marcas da família "BRIL ou BRILL", acessando o nome de domínio que a autora pretende ver bloqueado, verifiquei que a ré comercializa produtos para limpeza, de diversas marcas, não logrando êxito em encontrar produtos que se utilizem da expressão "BRIL ou BRILL."

Assim, entendo não estar bem configurada, ao menos por ora, a possibilidade de confusão do consumidor, especialmente considerando que a ré é detentora da marca HIGIBRIL, junto ao INPI.

Portanto, INDEFIRO o pedido.

Citem-se, com as advertências legais.

Intime-se.

Inconformada, a suplicante interpôs o presente recurso afirmando que a r. decisão agravada confunde institutos, deixando de considerar que o pedido refere-se somente à abstenção de uso do nome empresarial e domínio virtual.

Discorre acerca da consolidação das marcas registradas pela empresa Bombril, sustentando que estão presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela na medida em que a situação como posta implica em indesejável associação das empresas agravadas com a família de produtos desenvolvida pela recorrente.

Reitera o pedido de bloqueio de uso do domínio virtual higibril.com.br no prazo de 24 horas, e alteração em 30 dias do nome empresarial da coagravada Higibril Higiene e Limpeza Ltda. – Me., extirpando a expressão "Bril" (fl. 1-11), sob pena de multa diária de R$ 10.000,00.

Dentre as peças que instruíram o recurso, destacam- se as seguintes:

Minuta recursal: fls. 1-17;

Cópia do extrato de publicação da decisão agravada: fl. 18;

Petição inicial: fls. 19-42;

Acesso ao Sumário

Procuração da agravante: fls. 55-59;

Declaração de alto renome da marca "Bombril": fl. 167;

Registro da marca mista "bril": fl. 221; fl. 255; fls. 266-267;

Decisão agravada: fls. 498-496;

Certidão de intimação: fl. 497;

Custas recursais: fls. 498-499.

É o relatório.

Analisados os marcos temporais registrados nas cópias pertinentes, deve ser anotada a tempestividade recursal, uma vez que a decisão agravada foi publicada na imprensa oficial aos 30 de janeiro de 2014, e o recurso protocolizado em 12 de janeiro, último dia inserido no decêndio legal.

O pedido recursal apresentado pela empresa Bombril cinge-se à obtenção de tutela antecipada para que as empresas demandadas sejam compelidas a não mais utilizarem o domínio virtual higibril.com.br e, ainda, a procederem à alteração do nome empresarial da correcorrida Higibril.

Para tanto, escora o pleito no extenso histórico de consolidação e sucesso da empresa Bombril, atuante no mercado desde 1948 e detentora da titularidade de inúmeros registros marcários que derivam do já reconhecido alto renome da marca "Bombril" (documentos de fls. 167 e seguintes), e que deram origem a uma numerosa linha de produtos do ramo de limpeza que levam em suas identificações o elemento significativo da marca: a expressão "bril".

Por sua vez, o que se pode deduzir a respeito das agravadas é que as mesmas se uniram em parceria para outorgar assistência em serviços e comercialização de produtos também relacionados ao ramo de limpeza e higiene, apresentando-se publicamente como Higibril, e oferecendo seus serviços e produtos no endereço virtual www.higibril.com.br.

A empresa Bombril informa que a questão relativa ao registro da marca Higibril já está sendo discutida em demanda ajuizada na Justiça Federal contra as agravadas e o INPI, de modo que o escopo desta demanda restringe-se, como já ressaltado, ao nome empresarial e domínio virtual.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, importante consignar que o nome empresarial identifica o sujeito de direito, isto é, o empresário nas suas relações comerciais, sociais ou fiscais. É o nome que a sociedade empresária ou o empresário utiliza para se identificar perante fornecedores, a Seguridade Social e a Fazenda Pública, dentre outros. Seu titular tem direito ao uso exclusivo do nome desde o Registro na Junta Comercial.

Já o título de estabelecimento - vulgarmente conhecido como 'nome fantasia' -, tal como o nome de domínio, é a expressão utilizada para identificação pelos consumidores do estabelecimento físico ou virtual.

Ambos os institutos ora em apreciação vêm sendo amparados pelos mesmos princípios e conceitos que se tem dedicado à proteção marcária, passando pelo necessário estudo dos elementos de anterioridade, especialidade e lealdade concorrencial.

Conforme de amplo conhecimento, o espaço ocupado pela empresa Bombril no mercado nacional é bastante consolidado e remonta à década de 40, enquanto que os documentos existentes nos autos indicam que as agravadas foram constituídas recentemente.

O amplo trabalho de promoção e divulgação dos produtos que levam o rótulo da Bombril ultimou no reconhecimento da marca como sendo de alto renome pelo INPI em 23/9/2008 (processo nº 825172519), passando, portanto, a fazer jus a proteção especial, em todos os ramos de atividade, conforme dicção do art. 125 da Lei nº 9.279/96.

Neste contexto, importa saber se a coincidência da expressão "bril", incidente na hipótese em apreço, teria o condão de caracterizar a violação.

A agravante não apenas detém registro de sua marca mista "bombril", como também possui diversos outros registros derivados, e que invariavelmente agregam a expressão "bril" em construção composta (pinho bril, remo bril, poli bril, ecobril), ou mesmo isoladamente (bril, brill - fl. 221; fl. 255; fls. 266-267).

Dentro desta configuração, tem-se compreendido que o vocábulo "bril" é elemento significativo identificador da marca bombril, condenando-se sua reprodução por empresas diversas, conforme se pode observar em precedentes das Cortes Especializadas deste E. Tribunal:

> PROPRIEDADE INDISTRIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Ré que, indevidamente apresenta seus produtos com marca que incorpora parte essencial de marcas consagradas titularizadas pelas autoras. Marca "Bombril" e família de produtos com o sufixo "BRIL" que gozam de fama e prestígio construídos ao longo de décadas de investimento em publicidade. Prática de concorrência desleal da ré que, por meio da imitação da marca das autoras, promove desvio de clientela, já que atuam no mesmo mercado de produtos de limpeza. Concorrência parasitária, ademais, pela exploração indevida do prestígio alheio na promoção dos próprios produtos de limpeza. Nítida remissão da embalagem da ré à marca líder de mercado, em manifesta prática de parasitismo. Vedação ao enriquecimento sem causa. Inviabilidade da indenização em face da não comprovação do dano sofrido na fase de conhecimento. Marca "MAGIC BRILHO", contudo, que não incide em prática ilícita, vez que não há remissão às marcas das autoras e que o termo "BRILHO" constitui mero designativo de ação esperada do produto. Recurso adesivo da ré não conhecido face à ausência

Acesso ao Sumário

de interesse recursal, em virtude de a ação ter sido julgada improcedente. Ação improcedente. Recurso da ré não conhecido. Recurso das autoras parcialmente provido.

(TJSP, Apel. nº 0048309-97.2009.8.26.0564, 1ª Câmara Especializada de Direito Empresarial. Rel. Francisco Loureiro, j. 31/7/2012).

MARCA "BOMBRIL" - Ação cominatória c.c. indenização por perdas e danos - Abstenção do uso das expressões BRIL, BRILL, BRIU e BRIO pertencentes às apeladas. Sentença de procedência. Hipótese de marca notória no mercado desde 1948 e reconhecida em 2008 como marca de alto renome merecendo proteção em todos os ramos de atividade. Induvidoso aproveitamento parasitário e concorrência desleal. Necessidade de se prestigiar o nome, a anterioridade e criação da marca. Manutenção da sentença. Não provimento do recurso.

(TJSP, Apel. nº 0047712-31.2009.8.26.0564, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Ênio Zuliani, j. 21/5/2013).

No caso concreto, embora não se tenha a exploração de produtos com rótulos e embalagens que possam remeter a expressão "bril", a confusão gerada pelas agravadas é de mesmo vulto, uma vez que se tem o oferecimento de produtos e serviços vinculados a empreendimento que se apresenta aos consumidores no ambiente virtual como "higibril", e a fornecedores e órgãos públicos como Higibril Higiene e Limpeza Ltda. – ME., podendo provocar indesejável associação do que é oferecido com a "família" de produtos ofertada pela renomada marca bombril.

A deslealdade identificada na construção do vocábulo "higibril" se revela na indução ideológica que promove, e disso pode decorrer tanto o aproveitamento parasitário benéfico às agravadas, quanto o prejuízo à recorrente pela possibilidade de comprometimento de seu poder de distintividade e indevida associação com produtos e serviços em relação aos quais não detém controle de qualidade.

Tais circunstâncias são suficientes a autorizar a intervenção do Poder Judiciário e, consequentemente, legitimar a concessão da antecipação de tutela pretendida.

Em razão do exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar às agravadas que se abstenham de utilizar o domínio higibril.com.br, devendo ainda alterar o nome empresarial, nos prazos pleiteados na exordial, e sob pena de multa diária de R$ 10.000,00.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2011747-25.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante WALTER LUÍS SILVEIRA GARCIA, é agravado TARLEI FERNANDO BRAGUINI.

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 11.444)**

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

São Paulo, 16 de abril de 2014.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE DESPEJO POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ARRENDAMENTO RURAL. Perícia. Requerimento exclusivo do réu, a quem cabe suportar o adiantamento da verba honorária. Inteligência do art. 33, *caput*, c.c. o art. 333, II, ambos do Código de Processo Civil. Recurso provido para afastar do agravante a obrigação de antecipar o pagamento dos honorários periciais.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **WALTER LUÍS SILVEIRA GARCIA** contra a r. decisão proferida nos autos da ação de despejo por inadimplemento contratual movida contra **TARLEI FERNANDO BRAGUINI**, que determinou a realização de perícia impondo ao agravante o ônus de suportar as despesas para efetivação da prova.

Sustentou, em síntese, que não pleiteou a realização da referida prova, eis que o conjunto probatório a torna desnecessária, demonstrando inequivocamente o descumprimento contratual por parte do agravado; que a realização da perícia foi requerida exclusivamente pelo agravado; que a r. decisão recorrida contraria o ordenamento jurídico vigente.

Às fls. 503/504 foi deferido o efeito suspensivo, determinando-se a intimação do agravado.

Acesso ao Sumário

Não foi apresentada contraminuta, assim como não houve manifestação quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

Insurge-se o agravante contra a r. decisão que determinou a realização de perícia, impondo-lhe o ônus de suportar os honorários do perito.

Se a realização da perícia é imprescindível pode o julgador determiná-la de ofício, impondo ao autor o ônus do pagamento das despesas, o mesmo ocorrendo quando aquela for requerida por ambas as partes.

Por força do preceituado no art. 33[1], primeira parte, do Código de Processo Civil, tem-se que cabe ao requerente da prova o ônus do adiantamento da verba pericial.

No caso, houve requerimento expresso por parte do agravado para a realização da prova pericial (fls. 287/288), cabendo a este o depósito do adiantamento dos honorários do perito nomeado, não lhe tendo outra alternativa, sob pena de preclusão da feitura da prova.

Pertinente o seguinte precedente: *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Prova pericial - Requerimento feito pelo réu - Honorários de perito a seu cargo - Art. 33, CPC - Ônus do réu em comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor - Art. 333, II, do CPC - Despesas relativas à perícia são de responsabilidade do réu - Decisão reformada - Recurso provido"*[2].

Desse modo, inafastável a conclusão de que ficou carreado ao agravado o dever de comprovar que o agravante não cumpriu o contrato nos termos em que foi estabelecido e, portanto, deverá suportar o ônus da realização da prova pericial.

Nesse contexto, o agravado, caso não queira antecipar os respectivos honorários, sujeitar-se-á às consequências resultantes da não produção da perícia, na forma prevista no Código de Processo Civil, no âmbito das presunções pertinentes ao assunto e no capítulo próprio.

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para afastar do agravante a obrigação de antecipar o pagamento dos honorários periciais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº

1 Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (21ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 0531055-63.2010.8.26.0000. Rel. Des. Maurício Ferreira Leite. J. 30/03/2011.

2067827-43.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado V. MOREL S/A AGENTES MARÍTIMOS E DESPACHOS.

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 17022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente), SÉRGIO RUI e FABIO TABOSA.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. FASE DE LIQUIDAÇÃO. PROVA PERICIAL PRODUZIDA. Banco réu que apresenta duas manifestações sobre o laudo pericial. Primeira manifestação declarando sua concordância e pedindo sua homologação. Segunda manifestação discordando do laudo. Decisão judicial recorrida que homologa o laudo pericial. Insurgência do Banco réu que alega a ocorrência de cerceamento de defesa e pretende nova prova pericial. Impossibilidade. Inexistência de ofensa a qualquer princípio constitucional. Materialização da preclusão consumativa com a apresentação de manifestação de concordância com a prova pericial e da preclusão lógica pela impossibilidade de praticar ato incompatível com o praticado anteriormente. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra r. decisão interlocutória copiada às fls. 23/24 dos autos que, acolhendo laudo pericial, declarou como líquido o valor apresentado pelo *expert* judicial e devido pelo autor.

Inconformado, recorre o Banco réu, ora agravante, pleiteando, em suma, o provimento do recurso para que seja declarada nula a r. decisão recorrida, a fim de que seja produzida nova prova pericial, sob a alegação da configuração de cerceamento de defesa, violação a princípios constitucionais e negativa de vigência a dispositivos legais, bem como que o laudo pericial produzido

Acesso ao Sumário

encontra-se incorreto.

O presente agravo de instrumento foi distribuído, em um primeiro momento, à Colenda 11ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 114), a qual, conforme fls. 115 dos autos, atribuiu efeito suspensivo ao recurso.

O MM Juízo "a quo" prestou informações (fls. 124/125).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 127/137).

Por v. Acórdão de fls. 174/177, foi determinada a redistribuição do recurso.

Após, os presentes autos foram distribuídos a este Relator (fls. 180).

Do necessário, é o relatório.

O recurso não merece provimento.

O Banco agravante alega a ocorrência de cerceamento de defesa e nulidade processual, pleiteando, ainda, a realização de nova prova pericial.

Consoante se extrai das provas documentais acostadas ao presente recurso, o Banco foi intimado a manifestar-se sobre laudo pericial produzido na fase derradeiro do feito de origem.

Às fls. 88 (sic) verifica-se que o Banco agravante concordou com o laudo pericial e pediu, de forma expressa, sua homologação.

Posteriormente, conforme fls. 84/85, de forma simples, apresentou petição de discordância do mesmo laudo pericial.

Ora, com o devido respeito, não há que se cogitar cerceamento de defesa, nulidade processual, negativa de vigência a dispositivos legais, tampouco violação a qualquer princípio ou regra constitucional, se o próprio credor concorda expressamente com o laudo pericial e pede, de forma inequívoca, sua homologação (fls. 82).

Ainda mais, intimado sobre qual manifestação deveria ser levada em conta, tendo em vista que o Banco agravante apresentou em um primeiro momento concordância com o laudo pericial e após discordância em relação à mesma prova pericial (fls. 82 e fls. 84/85), o Banco, consoante informações prestadas pelo MM Juízo "a quo" (fls. 124/125), quedou-se inerte, apesar da advertência de que a segunda manifestação seria desentranhada dos autos.

Na verdade, houve efetiva inércia do Banco agravante no momento processual que lhe competia manifestar-se nos autos de origem, o que determina a ocorrência da preclusão consumativa e também a preclusão lógica, em virtude da prática de ato ulterior que é incompatível com ato anterior já praticado.

Registre-se que se a parte manifesta-se em um determinado sentido sobre determinado ato processual, materializa-se a preclusão consumativa e quando se manifesta de uma determinada forma no feito não pode praticar ato contraditório,

Acesso ao Sumário

pois, neste último caso, ocorre a denominada preclusão lógica.

Cabe destacar que ***"A preclusão indica a perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar no processo (preclusão lógica). Esta classificação, por nós adotada, foi proposta por Chiovenda em várias passagens de sua obra: Principii, § 78, II, 910 e ss; Istituzioni, II, § 66, 354 e ss, p 478 e ss; Instituições, III, § 66, 354 e ss, p. 155; Cosa giudicata e competenza, in Saggi di diritto processuale civile, nova edição, v. II, 411 ss; Cosa giudicata e preclusione, RISG 1933/ (Nery, Recursos, n. 2.3.4.3, p. 71)"***[1].

No caso dos autos, como já dito, o Banco agravante de início concorda com o laudo pericial e pede sua homologação (fls. 82), consumando o ato, e depois apresenta manifestação discordante (fls. 84/85), ou seja, em ato incompatível com seu ato anterior, portanto, seja com a primeira manifestação, seja com a segunda, há preclusão do ato processual, isto é, consumativa pela manifestação inicial de fls. 82 e também lógica a impedir dedução de alegação incompatível com sua manifestação anterior.

Nesse sentido, em caso assemelhado, este Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu da seguinte forma, a saber: ***"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Insurgência em relação à incidência da correção monetária e juros de mora - Homologação dos cálculos judiciais com a anuência da exequente - Ocorrência da preclusão lógica - Inteligência do art. 473 do CPC - Recurso não provido"*** (TJSP - Agravo de Instrumento nº 2025627-21.2013.8.26.0000 - Relator(a): Maia da Rocha - Comarca: Osasco - Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 17/02/2014)

Desta forma, tendo em vista que o Banco recorrente concordou expressamente com os cálculos apresentados, torna-se defeso à parte tentar nova discussão acerca de quaisquer aspectos atinentes ao laudo pericial, uma vez que a esse respeito operou-se a preclusão, nos termos do artigo 473 do Código de Processo Civil.

Por fim, não é o caso de aplicação do disposto no artigo 17 do Código de Processo Civil, pois não caracterizada qualquer de suas hipóteses tampouco o dolo processual em procrastinar o feito.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso.

1 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery - Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante - 7ª edição - Editora Saraiva - São Paulo - pág. 809.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037004-52.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SEMENGE S/A ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, e para o fim mencionado, é que deram parcial provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), TEIXEIRA LEITE e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Recuperação judicial. Sentença que extinguiu a recuperação judicial com base no artigo 267, IV, do CPC. Considerações acerca do sistema recursal na Lei nº 11.105/05. Existência de dúvida objetiva que permite a aplicação do princípio da fungibilidade e o conhecimento do recurso. Recurso conhecido.

Recuperação judicial. Extinção do processo sem julgamento do mérito ante a constatação de paralisação das atividades da empresa há mais de um ano. Possibilidade. Princípio da preservação da empresa que não é absoluto. O objetivo da Lei nº 11.105/05 é propiciar àquelas empresas com dificuldades financeiras transponíveis meios de se reerguer e, através da manutenção da fonte produtora e dos empregos gerados, também a satisfação dos credores. Jurisprudência deste TJSP. Remuneração do administrador judicial. Critérios estabelecidos pelo artigo 24, *caput*, e § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Redução para R$10.000,00, valor que se mostra adequado para remunerar o administrador, considerados o zelo e o tempo despendidos. Levantamento da quantia depositada que deve aguardar o trânsito em julgado. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposta contra a r. sentença que julgou extinto o processo de recuperação judicial com fundamento no artigo 267, IV, do CPC c.c. artigo 189, da Lei nº 11.101/05. Sustenta a agravante, em suma, que a interrupção de suas atividades é temporária e que pretende solver seu passivo através da venda parcial de seus ativos, possibilitando a recomposição financeira e retomada de suas atividades, além de ter cumprido os requisitos formais para o processamento da recuperação. Requer, também, a redução da remuneração do administrador judicial, que deve ter como base de cálculo somente o valor referente aos débitos quirografários sujeitos à recuperação judicial. Afirma, ainda, que não há necessidade de trânsito em julgado para o levantamento dos valores depositados em juízo. Por fim, pleiteia, caso seja este o entendimento, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Este é o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Antes de mais nada, conhece-se do recurso.

A agravante se insurge contra a r. sentença que, ao rever decisão anterior que havia deferido o processamento da recuperação judicial, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, com base no artigo 267, IV, do CPC, por entender que não estava evidenciada a viabilidade econômica da empresa ante a ausência de atividade desde o ano de 2012.

Pois bem.

A Lei nº 11.105/05 não traz qualquer previsão acerca do recurso cabível contra a decisão que indefere o processamento da recuperação judicial. E tal lacuna, diante de outros dispositivos legais de referida lei que preveem a interposição do recurso de agravo de instrumento contra sentença, a exemplo do artigo 100, enseja dúvida objetiva quanto ao recurso adequado. E, assim, permite a aplicação do princípio da fungibilidade para o conhecimento do recurso ora interposto.

Passa-se à análise do mérito.

Preceitua o artigo 47, da Lei nº 11.105/2005 que *"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade produtora"*.

Observa-se, portanto, que a Lei nº 11.105/2005, ao consagrar o princípio da preservação da empresa, considerou razoável a verificação da real capacidade de recuperação, o que significa dizer, em outras palavras, não se inserir no princípio da preservação da empresa aquelas que não têm condições para tanto se consideradas todas as balizas que a lei estabeleceu. Estarão fora do princípio

Acesso ao Sumário

da preservação da empresa as que não possuem condição de recuperar-se, se observadas as regras legais, até porque a recuperação judicial tem um custo social que, direta ou indiretamente, é pago pela sociedade em geral.

Portanto, claro está que o objetivo é propiciar àquelas que se encontram em dificuldades financeiras meios de se reerguer e, assim, dar continuidade ao processo produtivo, à manutenção dos empregos por ela gerados e, ao mesmo tempo, à satisfação dos credores.

Ensina MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO que *"A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social"* (Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Lei 11.101/2005, 8ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 136/137).

E também FÁBIO ULHOA COELHO: *"Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito (...). Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas a um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo (...)"*. E continua, ao esclarecer que *"o exame da viabilidade deve ser feito, pelo Judiciário, em função de vetores como os seguintes: a) importância social, b) mão de obra e tecnologia empregadas, c) volume do ativo e do passivo, d) idade da empresa, e) porte econômico (...)."* (Curso de Direito Comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404/407).

Nesse contexto, ainda que já deferido o processamento da recuperação, vindo o magistrado a ter conhecimento de fatos que evidenciam a ausência de atividade da empresa, nada impede que se reavalie a situação e se entenda pela inviabilidade de recuperação.

E é exatamente este o caso dos autos.

O processamento da recuperação judicial da agravante foi deferido em 04 de dezembro de 2013 (fls.90/93). Em cumprimento às determinações judiciais, o administrador judicial realizou diligência, já em 10 de dezembro, na qual foi

constatada a total paralização das atividades da agravante (fls.111/117).

Como bem salientado pelo digno Juiz de Direito: *"a empresa não tem qualquer contrato em vigor, nem presta qualquer tipo de serviço de engenharia há mais de um ano. A sede da empresa consiste em um escritório fechado, com algumas caixas jogadas em seu interior. Os únicos funcionários da empresa, que não passam de 07, são administrativos, incluindo o próprio administrador nomeado pelo juízo da 28ª Vara Cível de São Paulo, em processo no qual se decidiu sobre a intervenção judicial na empresa e exclusão de sócios. Constatou-se, portanto, que a empresa não gera empregos de forma relevante, não atua empresarialmente no seu ramo de atividade, não faz circular riquezas, bens ou serviços, estando absolutamente impossibilidade de fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que se espera como decorrência da efetiva atividade empresarial (que, no caso, não existe)"* (fl.125).

Desta feita, não devem subsistir os argumentos da agravante no sentido de que a interrupção de suas atividades é temporária e que necessita somente solver seu passivo através da venda parcial de seus ativos para retomar o que de fato não está em funcionamento há mais de um ano.

Haverá séria deturpação do objetivo da recuperação judicial e do princípio da preservação da empresa se a real capacidade de superação da crise não for, desde o início, verificada, o que transformaria a recuperação judicial apenas num bom negócio para o devedor com dificuldades financeiras que superam a sua capacidade de se reerguer.

Assim também já decidiu esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial: *"RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento da empresa, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido."* (Agravo de Instrumento nº 0194436-42.2012.8.26.0000, São Paulo, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 02.10.2012).

Acesso ao Sumário

O parcial provimento ao recurso diz respeito à remuneração do administrador judicial.

Não, porém, porque a base de cálculo deva ser somente o valor referente aos débitos quirografários sujeitos à recuperação judicial, como pretende a agravante.

Isso porque, nos termos do artigo 24 da Lei nº 11.101/2005, *"O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes."*

E o mesmo dispositivo legal, em seu §1º, completa: *"Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência."*.

No caso, o digno Magistrado fixou a remuneração do administrador judicial em R$23.797,52, levando em conta a porcentagem de 2% sobre o valor do passivo sujeito à recuperação judicial, que é de R$35.696.274,19, e o período de atuação do administrador, calculando a remuneração de maneira proporcional ao tempo e zelo despendidos (fl.129).

Ocorre que o administrador judicial foi nomeado em 04 de dezembro de 2013, realizou a diligência em 10 de dezembro e, já em janeiro de 2014 o digno Magistrado proferiu a decisão aqui agravada. Desta feita, ainda que considerado o zelo com que atuou o administrador, observa-se que o caso não se reveste de grande complexidade, com a elaboração de somente um relatório a respeito da vistoria realizada.

Portanto, de rigor a redução da remuneração do administrador judicial para R$10.000,00, valor este que se mostra suficiente, no caso, para remunerar o trabalho e o tempo despendidos pelo administrador.

Por fim, não há que se falar em levantamento do valor depositado em juízo pelo Banco Vega S.A., devedor da agravante. Ainda que não se vislumbre controvérsia acerca do valor depositado, eventual reforma do aqui decidido representará a continuidade da recuperação, de forma que o mais prudente é aguardar o trânsito em julgado para seu levantamento.

E mais não é preciso dizer para dar parcial provimento ao recurso.

Pelo exposto, e para o fim mencionado, é que se dá parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026990-09.2014.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é agravante CENISE GABRIEL FERREIRA SALOMÃO, é agravado WATERFRONT EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A.

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 nº 23.698)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: PREPARO - APELAÇÃO - COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO - INTELIGÊNCIA DO ART. 511 DO CPC - AGRAVO IMPROVIDO.

O art. 511 do CPC é incisivo ao determinar que o preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sujeitando o recorrente faltoso, de forma expressa, a pena de deserção. O pedido de gratuidade formulado tardiamente, concomitante com a interposição da apelação, não tem o condão de, acaso indeferido, postergar o momento do preparo.

VOTO

Agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis, julgou deserto recurso de apelação.

Sustenta, em apertada síntese, a agravante que ao interpor a apelação pleiteou a gratuidade de justiça uma vez que não reunia, no momento, condições de arcar com as despesas do processo, exibindo, para tanto, declaração de hipossuficiência, tendo, porém, o magistrado julgado deserto seu recurso. Insiste, por isso, na reforma da decisão agravada, deferindo-se o pleito de gratuidade. Alternativamente, busca o diferimento das custas ao final ou, então, a concessão de prazo para efetuar o recolhimento. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo.

Concedida a liminar para obstaculizar o trânsito em julgado da sentença,

Acesso ao Sumário

houve resposta. Preparo anotado.

É o relatório.

O digno magistrado ***a quo*** indeferiu o pedido de justiça gratuita, reputando deserta a apelação, sob o argumento de que a agravante é advogada e a ação tem por objeto imóvel cujo aluguel mensal atinge a cifra de R$ 10.804,94 *(dez mil oitocentos e quatro reais e noventa e quatro centavos).*

Ponderou, em acréscimo, que a recorrente contratou advogado particular, abrindo mão da nomeação de advogado dativo da OAB, o que também afasta a presunção ***juris tantum*** que decorre da declaração de pobreza.

Essa posição, a meu ver, não quadra censura.

A própria agravante confessou que é advogada, empresária e proprietária de bens imóveis - *situação a tornar agora despicienda a exibição das declarações de rendimentos* - o que significa que não se trata de pessoa pobre na acepção jurídica do termo.

Na verdade, o exame dos pressupostos autorizantes da gratuidade recomenda uma análise mais atenta sobre a real potencialidade econômica da parte interessada. E a prova aqui carreada pela agravada, não desmentida, dando conta de que a agravante é sócia de três empresas, sem contar que é proprietária de imóveis nos Municípios de São Paulo e Avaré, além de contratar prestação locatícia superior a R$ 10.000,00 *(dez mil reais)*, evidentemente afasta qualquer pretensão de ser agraciada com o benefício.

Demais disso, cabe não perder de vista que a aceitação irrestrita de pedidos de assistência judiciária subverte o sistema de equilíbrio do processo incentivando a multiplicação de recursos, muitas vezes protelatórios, além de eximir a parte da natural responsabilidade com o preparo da apelação, subtraindo, do mesmo modo, do procurador adverso o direito à sucumbência.

Mas não é só.

Não era lícito à agravante manejar o apelo pleiteando, simultaneamente, a outorga da gratuidade processual porquanto o art. 511 do CPC exige que o preparo há de ser comprovado no ato de interposição do recurso.

Ao Tribunal não cabe, suprindo a falha, oportunizar a efetivação do preparo, fora do prazo legal, sob pena de violação ao princípio de tratamento igualitário às partes, eis que se estaria a agir em detrimento da outra.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

> ***"É no ato da interposição do recurso que deve ser comprovado o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno, com o correto preenchimento das guias, sob pena de preclusão consumativa"*** *(AgRg. no Ag. nº 1.401.455/PR, Rel. Min. Raul Araújo).*

Acesso ao Sumário

"A comprovação do preparo, inclusive do porte de remessa e de retorno dos autos, deve ser feita no ato de interposição do recurso, conforme determina o art. 511 do Código de Processo Civil - CPC, sob pena de preclusão, não se afigurando possível a comprovação posterior" *(AgRg. no AREsp. nº 11.227/SP, Rel. Min. Castro Meira).*

"O preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso; se motivo superveniente autoriza o benefício da justiça gratuita, a parte nele interessada deve providenciar para que o deferimento do respectivo pedido se dê antes da interposição do recurso. Agravo regimental não provido" *(AgRg. no REsp. nº 1.001.805/SP, Rel. Min. Ari Pargendler).*

"O pedido de gratuidade formulado tardiamente, concomitante com a interposição da apelação, não tem o condão de, acaso indeferido, postergar o momento do preparo, que é cogente e expressamente definido pela regra do art. 511 do CPC" *(REsp. nº 434.784, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr.).*

Em suma, o art. 511 do CPC é incisivo ao determinar que o preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sujeitando o recorrente faltoso, de forma expressa, a pena de deserção. O pedido de gratuidade, formulado simultaneamente à interposição da apelação, não tem o condão de postergar o momento do preparo.

A se admitir expediente desta natureza estaria implantada uma forma para arredar o instituto da deserção da legislação processual, sem considerar que a pretensão à justiça gratuita procura fugir da natural responsabilidade da recorrente com a sucumbência experimentada na demanda *(cf. fl. 59)*.

O pleito alternativo segue a mesma sorte, pois o diferimento do recolhimento da taxa judiciária para depois de satisfeita a execução, previsto no artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/03, se presta àqueles que comprovarem a momentânea impossibilidade financeira, isso sem falar que o diferimento limita-se às hipóteses alinhadas no referido diploma legal *(artigo 5º)*, situações aqui não entrevistas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045843-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ADM DO BRASIL LTDA., é agravado GRÃO FORTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA..

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 27ª 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 6909)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), CLAUDIO HAMILTON e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos. Decisão que deferiu o pedido da autora de diferimento do pagamento das custas para o final do processo e recebeu a apelação que ela interpôs contra a sentença que julgou improcedentes seus pedidos. Insurgência. A presente ação não corresponde a qualquer uma das mencionadas no art. 5º da Lei Estadual nº 11.608/03, não podendo nela ser permitido o pagamento diferido das custas e despesas processuais por quaisquer das partes. Rol do mencionado artigo que é taxativo. Concessão de prazo de 5 dias para que a agravada recolha as custas do preparo da apelação. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Versam estes autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (fl. 38) proferida nos autos de ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos movida por **GRÃO FORTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, em relação a **ADM DO BRASIL LTDA.**, que deferiu o pedido de diferimento do pagamento das custas, formulado pela autora em apelação, para o final do processo.

Inconformada, a empresa ré requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, a revogação do benefício concedido à apelante, julgando-se deserta sua apelação.

Concedi efeito suspensivo ao recurso.

O agravo é tempestivo e foi preparado (fls. 40/41).

Contraminuta à fls. 469/478.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Esta ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos movida pela ora agravada em relação à agravante foi julgada improcedente pela sentença de fls. 243/245, à qual a autora interpôs recurso de apelação requerendo, em sua petição de interposição, o deferimento do pagamento das custas para o final do processo por estar impossibilitada momentaneamente de pagá-las (fls. 412/441).

Deferido tal requerimento, a ré, ora agravante, interpôs este agravo para revogá-lo.

O recurso prospera.

O diferimento do pagamento das custas processuais para depois da satisfação da execução é permitido nas ações elencadas no art. 5º da Lei Estadual nº 11.608/03 quando comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento, ainda que parcial.

Tais ações são: de alimentos e revisionais de alimentos; de reparação de dano por ato ilícito extracontratual, quando promovidas pela própria vítima ou seus herdeiros; declaratória incidental e embargos à execução.

Tal rol, cumpre consignar, é taxativo, ou seja, nas ações não mencionadas nesse dispositivo não é possível a concessão desse benefício.

Desse modo, nesta ação, declaratória de rescisão contratual c/c perdas e danos, não referida no mencionado dispositivo legal, não se pode permitir a quaisquer das partes o pagamento diferido das custas e despesas processuais.

Menciono, a propósito, precedentes desta E. Corte:

"Embargos à execução - Determinação judicial para que a inicial fosse emendada, a fim de que constasse o correto valor da causa, bem como fossem recolhidas as custas respectivas, sob pena de extinção do feito - Descumprimento - Posterior pedido de diferimento do pagamento das custas acolhido – Insurgência - Ausência de demonstração da impossibilidade financeira para arcar com tal ônus - Descumprimento do disposto nos artigos 257 do CPC e 1º, 2º, 5º e 8º da Lei Estadual 11.608/03 - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido." (0113465-36.2013.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator(a): Sérgio Rui. Comarca: Jacareí. Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 27/06/2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO - Decisão que indeferiu o diferimento do pagamento das custas iniciais para o final - Não cumprimento dos requisitos dos arts. 5º e 8º da Lei Estadual 11.608/2003 - Rol taxativo do art. 5º - Ausência de violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal - Necessidade de recolhimento das custas - Recurso não provido." (0063367-47.2013.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator(a): Carlos Alberto de Salles. Comarca: Matão. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 02/07/2013).

Acesso ao Sumário

"EMBARGOS DE TERCEIRO - Recorrente que não é beneficiário da assistência judiciária - Pedido deduzido no apelo – Deferimento - Incidente de impugnação instaurado e acolhido - Decisão de revogação mantida em Segunda Instância - Inércia quanto ao recolhimento do preparo e despesas de porte de remessa e retorno - Pedido de diferimento das custas ao final do processo - Inadmissibilidade - Hipótese que não se enquadra no rol taxativo do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/03 - Impossibilidade de interpretação extensiva da aludida norma - Deserção reconhecida - Recurso não conhecido." (0055750-83.2007.8.26.0602. Apelação. Relator(a): Irineu Fava. Comarca: Sorocaba. Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 24/06/2013).

Finalmente, a fim de que a agravada não seja surpreendida com a deserção de sua apelação, concedo prazo de 5 dias, da intimação da agravada deste acórdão, para que ela recolha as custas de seu preparo, que deve ser realizado na primeira instância.

A propósito, menciono precedente recente:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUCESSÕES – Inventário - Apelação julgada deserta por falta de preparo - Pleito de diferimento de recolhimento de custas – Inviabilidade - Insuficiência momentânea de recursos não comprovada - Hipótese, ademais, não prevista no art. 5º da Lei Estadual 11.608/2003 - Circunstância, entretanto, em que deveria ser concedido novo prazo às agravantes para recolherem o valor de preparo - Deserção afastada - Recurso provido em parte." (0058848-63.2012.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator(a): Walter Barone. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 29/08/2012).

Dou, pois, parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012249-61.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DE SÃO PAULO-SABESP, é agravada MARIA HELENA RIBEIRO VAZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª 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 19757)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente) e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY.

São Paulo, 12 de maio de 2014.
CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - LIMINAR CONCEDIDA, DETERMINANDO-SE QUE A SABESP REALIZE TODAS AS OBRAS ESTRUTURAIS NA TUBULAÇÃO DE ÁGUA E ESGOTO, FAZENDO CESSAR O RISCO DE DESABAMENTO DO IMÓVEL DA AUTORA - NECESSIDADE - HIPÓTESE EM QUE A DETERMINAÇÃO SE INSERE, ESTRITAMENTE, NA ESFERA DE RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE - DECISÃO MANTIDA.

Agravo de instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra a r. decisão de fls. 70 (da lavra do MM. Juiz Wander Benassi Junior), proferida em ação de indenização fundada em contrato de prestação de serviços de água e esgoto, que deferiu "... *a liminar pleiteada para compelir a ré a realizar todas as obras estruturais na tubulação de água e esgoto, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, a fim de fazer cessar o risco de desabamento do imóvel da autora, sob pena, ao depois, e de forma automática, incidir multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), sem limitação de dias.*".

Alega a agravante, em síntese, que tem enfrentado várias ações sobre o mesmo fato narrado na inicial da ação e todas têm trâmite perante o Foro Regional de Santana, o qual deve ser o competente também para a presente demanda. Aduz que contratou serviço de consultoria, cujo laudo aponta diversas causas para a eclosão dos danos nas edificações, sem qualquer correlação com as tubulações de água e esgoto, que o problema está relacionado ao adensamento do solo que afeta as tubulações das redes de distribuição de água e coletora de esgoto, que o problema no conjunto habitacional decorre da movimentação do solo, em razão da má compactação (aterro) quando da construção das casas, e que os moradores deveriam se voltar contra a COHAB, responsável pela construção dos imóveis e pelo terreno. Requer a reforma da r. decisão agravada.

Custas recolhidas (fls. 135/136).

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (fls. 138) e regularmente processado.

Acesso ao Sumário

Cumprido o art. 526 do CPC (fls. 143/144).

Ausência de contraminuta, conforme certidão de fls. 147.

É o relatório.

Não se verifica, segundo os elementos dos autos, em que medida o juízo *a quo* não seria o competente para julgamento da ação proposta. O fato de haver outras ações, sobre o mesmo fato, ajuizadas perante o Foro Regional de Santana não implica em prevenção para toda e qualquer demanda.

Segundo se verifica dos termos da inicial, bem como da r. decisão agravada, a autora-agravada juntou aos autos documentos que comprovariam a verossimilhança das alegações, inclusive sentenças proferidas em ações análogas, condenando-se a ora agravante. No entanto, tais documentos não fizeram parte do instrumento formado, preferindo a recorrente juntar somente documentos de seu interesse, como os laudos unilaterais, encomendados por ela, de fls. 72/79 e 80/125.

A r. decisão agravada, mediante análise da prova documental trazida com a inicial (que, repita-se, não fez parte do presente instrumento), verificou haver risco de desabamento do imóvel da autora, evidenciando a necessidade de realização de obras estruturais na tubulação de água e esgoto.

Por ora, em que pesem as afirmações da ora agravante, a alegação de adensamento do solo pode, eventualmente, justificar trincas no imóvel; porém, não há prova nos autos de que não sejam necessárias as obras estruturais nas tubulações de água e esgoto, como determinado pela r. decisão agravada. Se o solo não estava devidamente compactado, isso deveria ter sido observado, e previsto, pela SABESP quando da implantação das redes de distribuição de água e coletora de esgoto.

Evidente que a questão da prevenção e manutenção das redes de água e esgoto é responsabilidade da ora agravante, não se podendo aceitar a singela alegação de que o problema é da COHAB e que os moradores fiquem privados de residir no imóvel popular que conquistaram a duras penas.

O que se determinou, nos termos da r. decisão agravada, é que a ora agravante execute as obras necessárias, que estão estritamente dentro de sua esfera de responsabilidade, cujos serviços são religiosamente cobrados mês a mês, mesmo em se tratando de conjunto habitacional destinado a pessoas de baixa renda. Ou seja, segundo se depreende, a liminar foi deferida para que a ora agravante mantenha as tubulações de água e esgoto de forma segura e eficiente, não colocando em risco as vidas dos moradores; e, para tanto, *data venia*, nem precisaria da intervenção do Poder Judiciário por se tratar de obrigação inerente aos serviços que presta.

Assim sendo, não há reparos a se fazer na r. decisão agravada, revogando-se, em consequência, a liminar concedida neste Segundo Grau (fls. 138).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044426-15.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante INTERPART PLANEJAMENTO DE NEGÓCIOS EMPRESARIAIS LTDA., é agravado ZOOMP S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.378)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Recuperação Judicial. Pretensão de alienação de imóvel, a ser submetida ao crivo da assembleia de credores, para pagamento parcial do débito. Propriedade que, embora disputada com a agravante, permanece com a devedora. Bloqueio da matrícula, realizado por outro juízo, revogado. Admissão da proposta. Efeito suspensivo revogado.

Recurso desprovido com recomendação.

VOTO

A agravante, credora da agravada, que se encontra em recuperação judicial, não se conforma com a r. decisão contida às fls. 412/413, que, na origem, autorizou a realização de assembleia para venda do imóvel situado em Barueri (terreno e fábrica), que, alega, foi-lhe dado em pagamento. Esclarece que, em razão, da confissão de dívida e compromisso de dação, manejou ações de adjudicação compulsória, imissão na posse e declaratória de nulidade de deliberação assemblear, ao mesmo tempo em que a parte contrária moveu ações declaratória de inexigibilidade do débito e cautelar de exibição de documentos, sendo estas julgadas procedentes e aquelas improcedentes.

A tutela antecipada que obtivera foi revogada e, mesmo processando-se seus apelos no duplo efeito, não foi restaurada, o que a obrigou à interposição

Acesso ao Sumário

de agravo de instrumento, obtendo efeito suspensivo parcial.

A decisão agravada, entretanto, que se vê às fls. 412/413, atendendo a pleito da devedora, autorizou a alienação do bem e a convocação de assembleia de credores para deliberar a respeito.

E é contra ela que interpõe o presente recurso, assinalando, em resumo, que, havendo bloqueio da matrícula do imóvel, mesmo que por outro juízo, a tal deliberação está sujeito o da recuperação.

Concedido efeito suspensivo parcial para manter o bloqueio, devendo, no entanto, realizar-se a assembleia (fls. 455), a agravada requereu reconsideração por duas vezes, sem êxito, e, na última, noticiou o não conhecimento do agravo que, originário daquelas outras demandas, mantivera o bloqueio da matrícula (fls. 473).

Seguiram-se contrariedade, além de manifestações do Administrador Judicial e da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

No que diz respeito à recuperação judicial, já não há motivo para manter a suspensão da r. decisão guerreada.

De efeito, num primeiro momento, quando aqui concedida a antecipação de tutela recursal, pendia, ainda, a determinação de bloqueio da matrícula do imóvel (AI 0157080-76.2013.8.26.0000), de forma que, autorizar, sem outras considerações, a alienação do bem, refletir-se-ia na boa-fé de eventual comprador, que, desavisado, pudesse sair ganhador na hasta, fiando-se que a autorização do juízo da recuperação ser-lhe-ia suficiente à garantia de negócio hígido. Havia, então, apesar da improcedência das ações propostas pela agravante, ainda o gravame sobre o registro imobiliário a ensejar maior cautela.

Agora, entretanto, aquele impasse já não existe, revogado o efeito suspensivo parcial concedido pela C. 8ª Câmara, que acaba de rejeitar, também, os supervenientes Embargos de Declaração (cf. **print** no sítio da Corte).

Por outro lado, se a propriedade mantém-se consolidada em mãos da devedora e a alienação por propostas constituir a deliberação da assembleia de credores para pagamento parcial do débito, não há razão para reforma da r. decisão agravada, que autorizou a prática de tais atos.

Recomendável, entretanto, até para ciência dos licitantes, que seja anunciada a existência de disputa judicial das partes sobre o bem.

Assim, proponho que se negue provimento ao recurso, revogado o efeito suspensivo, com recomendação.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068302-96.2013.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são agravantes ARANTES ALIMENTOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), OLCAV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), FRIGORÍFICO VALE DO GUAPORÉ S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), INDUSTRIAL DE ALIMENTOS CHEYENNE LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), PRISMA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), FIAMO ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), PADUA DINIZ ALIMENTOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), AGROPECUÁRIA FBH LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), JJB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e SERTANEJO ALIMENTOS S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado DUQUE E CORDASSO LTDA..

ACORDAM, em 2ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.129)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO e FABIO TABOSA.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

LÍGIA A. BISOGNI, Relatora

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Habilitação de crédito - Crédito decorrente de representação comercial titularizado por sociedade empresária, dotada de personalidade jurídica, não se equipara aos créditos derivados da legislação do trabalho - Classificação que deve se dar na categoria de quirografário - Precedente jurisprudencial - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento tirado por Arantes Alimentos Ltda. (em recuperação judicial) e Outros contra a r. decisão reproduzida às págs. 82/83 que deferiu a habilitação do crédito de Duque e Cordasso Ltda., no rol de créditos trabalhistas, com pretensão de atribuição de efeito suspensivo ao

recurso deferida. Recurso bem processado, com resposta do agravado e do administrador judicial, opinando a d. Procuradoria Geral de Justiça pela inclusão no quadro geral de credores como quirografário.

2. Muito embora o art. 44 da Lei nº 8.420/92 reconheça a equiparação aos créditos de natureza trabalhista às comissões de representação comercial, parece-me que não basta apenas ter em conta o contrato firmado (representação comercial), mas também levar em consideração a natureza do titular do direito que pleiteia o reconhecimento do seu crédito na recuperação judicial.

No caso, efetivamente, o crédito é decorrente de representação comercial exercida por pessoa jurídica, não havendo qualquer vínculo empregatício entre representante e representado, mas tão somente a prestação de serviços conforme contratado.

Conforme bem registro o eminente Des. Pereira Calças, quando do julgamento do AI nº 520.938-4/7-00, "A solução justa para a hipótese retratada nestes autos tem que levar em conta o entendimento do Juiz MARCELO PAPALÉO DE SOUZA, acima transcrito, que, ao tratar da competência da Justiça do Trabalho, com acuidade, afirma que apenas os representantes comerciais pessoas físicas poderão buscar a solução de seus conflitos com os representados na Justiça Laboral, em virtude da natureza alimentar de seus créditos. Por isso, somente poderão invocar a equiparação de seus créditos decorrentes do exercício de representação comercial, na falência ou recuperação do representado, os representantes comerciais pessoas físicas (nesta categoria incluídos os inscritos nas Juntas Comerciais como 'firmas individuais', que são equiparados às pessoas jurídicas para fins de imposto de renda, pelo art. 150, I, do Decreto 3.000/99). Já, os créditos oriundos de representação comercial titularizado por sociedades empresárias dotadas de personalidade jurídica, que não têm natureza alimentar, não podem ser beneficiados com a equiparação aos créditos derivados da legislação do trabalho, razão pela qual, ao invés de se classificarem como privilegiados, a teor do artigo 93, I, devem ser classificados como créditos quirografários, nos termos do artigo 93, VI, ambos, da Lei n° 11 101/2005."

Acesso ao Sumário

E, se no caso concreto, trata-se de crédito de sociedade empresária - não é firma individual como sustenta a agravada (vide contrato social de págs. 108 e segs.) - que tem por objeto social a representação comercial e derivado de tal atividade empresarial, que não se identifica com crédito decorrente de representante comercial autônomo, pessoa natural, reconhecido como derivado de relação de trabalho, à evidência que deve ser classificado como quirografário, como o querem as agravantes.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o crédito da agravada como quirografário.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2036825-21.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RODRIGO ANTONIO STIIRMER, é agravado ANTONIO ARNALDO ROMANHOLI.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado 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 27.434)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente), KIOITSI CHICUTA e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Agravo regimental. Decisão que, em sede de agravo de instrumento, não concedeu o efeito suspensivo pleiteado. Irrecorribilidade. Exegese do artigo 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo regimental interposto por Rodrigo Antonio Stiirmer, nos autos do Agravo de Instrumento por ele interposto, contra decisão deste Relator que, naqueles autos indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Sustenta o agravante que está prestes a ter seu patrimônio constrito, sendo imperiosa a concessão do efeito suspensivo para evitar prejuízo irreparável.

É o relatório.

O recurso não comporta conhecimento.

O artigo 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 11.187/05, é expresso ao dispor que "a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é

Acesso ao Sumário

passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

Destarte, não é mais cabível qualquer recurso para impugnar a decisão concessiva ou denegatória de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sendo possível tão somente a reconsideração da decisão por parte do relator, ou a sua reforma, pela turma julgadora, por ocasião da apreciação do mérito do agravo.

Nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"A Lei 11.187/2005, objetivando dar efetividade e harmonizar o princípio da recorribilidade das decisões judiciais com os que determinam a razoável duração do processo, também alçado a postulado constitucional, modificou a sistemática do Agravo de Instrumento e introduziu o parág. único ao art. 527 do CPC vedando a interposição de recurso em adversidade à decisão que conceder efeito suspensivo ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. (...) É inadmissível a interposição de Agravo interno no caso de concessão ou negativa de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, sendo cabível, em casos excepcionais, a impetração de Mandado de Segurança, caso se trate de decisão teratológica (manifestamente ilegal) ou proferida com abuso de poder. Precedentes: AgRg no REsp. 714.016/RS, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, DJe 19.03.2013, AgRg no AREsp. 95.401/PR, Rel. Min ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 02/08/2012, AgRg no REsp. 1.215.895/MT, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 23/3/11 e RMS 25.949/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 23/3/10" **(REsp 1296041/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, j. 27/08/2013, DJe 10/09/2013).**

"A Lei 11.187/2005 tornou irrecorrível decisão de Relator que, em agravo de instrumento nos Tribunais de segundo grau, defere ou indefere pedido de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos do recurso" **(REsp 1006088/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, j. 14/02/2008, DJe 05/03/2008).**

Assim também vem decidindo esta Egrégia Corte de Justiça:

"RECURSO. AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERIU O REQUERIMENTO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. Por força da expressa disposição contida no artigo 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil, contra a decisão do relator que defere o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento não cabe recurso, sendo admissível apenas a possibilidade de retratação pelo próprio relator ou revisão do ato no julgamento do próprio agravo" **(Agravo Regimental nº 0046920-81.2013.8.26.0000/50000 - Rel. Des. ANTONIO RIGOLIN - 31ª Câm. Dir. Priv. - j. 10/09/2013).**

"AGRAVO REGIMENTAL - Decisão monocrática que negou o efeito suspensivo, por estarem ausentes seus pressupostos legais - Contra decisão que concede ou nega efeito suspensivo, total ou parcial, não cabe recurso - Artigo 527, Parágrafo único do CPC - Recurso não conhecido" **(Agravo Regimental**

Acesso ao Sumário

nº 2029238-79.2013.8.26.0000/50000 - Rel. Des. HUGO CREPALDI - 25ª Câm. Dir. Priv. - j. 31/10/2013).

Ante o exposto, pelo meu voto, NÃO CONHEÇO do agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0145574-13.2007.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SILAS SALES DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados RAQUEL RODRIGUES DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA) e DENISE DE ARAÚJO NUNES PEREIRA (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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.933)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente), CLAUDIO GODOY E LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 11 de março de 2014.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível - Ação de imissão de posse cumulada com indenização por danos materiais e morais - Autor que, após o óbito de sua mãe e de seu pai biológicos, foi adotado - Pretensão de reconhecimento de seu direito sucessório relativamente aos bens deixados por sua avó biológica, falecida após sua adoção - Descabimento - Vínculos entre o adotado e sua família biológica que são rompidos com a adoção - Autor, entretanto, que participou da sucessão de seus pais na qualidade de herdeiro - Condomínio instaurado sobre bens imóveis - Pretensão de indenização por danos materiais - Utilização de bem comum por um dos coproprietários que ordinariamente dá ensejo ao pagamento de aluguel proporcional em favor dos

Acesso ao Sumário

demais - Valores a título de aluguel que se tornam devidos a partir da citação, quando comprovadamente há oposição ao uso exclusivo - Valor que deve ser apurado em sede de liquidação por arbitramento - Danos morais não caracterizados - Recurso provido em parte tão-só para o fim de condenar as rés ao pagamento de indenização pelo uso da cota-parte do autor desde a citação.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de ação de imissão na posse cumulada com indenização por danos materiais e morais movida por Silas Sales de Nunes Pereira, alegando, em síntese, que é irmão das rés e, após o falecimento de sua mãe, ocorrido quando tinha apenas um dia de vida, e de seu pai, ocorrido em 1990, foi adotado em 1992 por um casal que era muito amigo de sua família. Afirma que sempre frequentou a residência de sua família biológica, convivendo com sua avó Aracy do Prado Elias. Sustenta que sua avó sempre manifestou o desejo de que seus bens fossem divididos entre os três netos, ou seja, entre o autor e suas duas irmãs, ora corrés. Em 10.01.1997, sua avó biológica Aracy veio a falecer, contudo, o autor não foi contemplado, uma vez que, à época do falecimento, já havia sido formalizada a adoção. Afirma que as suas irmãs, no processo de arrolamento dos bens deixados por Aracy, declararam expressamente que a herança deveria ser partilhada na mesma proporção, incluindo o autor, restando consignado a renúncia proporcional de seus quinhões em favor do autor. Ocorre que o acordo não foi homologado, tendo em vista a adoção como fator impeditivo. O juiz do feito instruiu as rés para que fosse feita a manifestação por escritura pública, o que não foi feito, passando as rés a usufruir integralmente do imóvel. Salienta que procurou as rés inúmeras vezes, tendo inclusive realizado notificação extrajudicial, que restou infrutífera. Assim, requer sua imissão na posse dos bens imóveis e a condenação das rés ao pagamento dos danos materiais, no valor de R$ 56.998,66, ao pagamento de R$ 30.000,00 referente ao uso e fruição da propriedade pelo lapso de dez anos, bem como ao pagamento de danos morais, no valor de R$ 170.996,00.

A ação foi julgada parcialmente procedente, para o fim de imitir o autor na posse dos imóveis mencionados na petição inicial, sendo improcedentes os demais pedidos. Cada parte foi condenada a arcar com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos e com metade das custas, observada a gratuidade de justiça (fls. 128/131).

Inconformado, apela o autor, postulando, em síntese, a reforma da

Acesso ao Sumário

sentença, sob o fundamento de que houve expectativa frustrada de direito gerada pela promessa e manifestação documental de que as corrés dariam parte do imóvel deixado pela avó biológica, em vida, ao recorrente. Requer o reconhecimento de seu direito aos bens deixados por sua avó biológica e a condenação das corrés ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos (fls. 149/156).

Processado regularmente, houve a juntada das contrarrazões de fls. 162/168.

É o relatório.

2. No caso, delimitação dos fatos se faz necessária.

Conforme matrícula do imóvel situado na Rua Conde de Assumar, juntada aos autos a fls. 33/34, verifica-se que a avó biológica do autor, Aracy do Prado Elias, tornou-se proprietária do referido bem em decorrência do matrimônio com José Elias.

Após o falecimento de José Elias, em 15.09.1981, o bem foi partilhado entre Aracy do Prado Elias, que passou ter domínio sobre 50% do imóvel, e Iracema Elias de Araújo e Benedito Rodrigues de Araújo, pais do autor, os quais passaram a ter domínio sobre os demais 50%.

Com o falecimento de Iracema Elias de Araújo, em 25.04.1986, sua parte foi partilhada entre Benedito Rodrigues de Araújo, que passou a deter ¼ do bem, e seus filhos Denise Rodrigues de Araújo, Raquel Rodrigues de Araújo e Silas Rodrigues de Araújo, ora autor, os quais passaram a deter 1/12 do bem.

Logo, o autor Silas já era proprietário de 1/12 do imóvel em decorrência do óbito de sua mãe, ocorrido um dia após seu nascimento, como se verifica da matrícula do imóvel a fls. 33/34.

Em 13.11.1990, faleceu Benedito Rodrigues de Araújo, pai biológico do autor. Entretanto, somente após o falecimento da avó biológica do autor Aracy do Prado Elias, em 10.01.1997, foi feito o arrolamento dos bens deixados por ambos.

Conforme plano de partilha relativo aos bens deixados por Benedito Rodrigues de Araújo, juntado aos autos a fls. 40/42, verifica-se que o autor foi contemplado com:

> *"1/12 avos do total de um prédio residencial e seu respectivo terreno situado à Rua Conde de Assumar nº 125, descrito nas Primeiras Declarações R$ 3.497,09; 1/12 avos do total de um lote de terreno, situado à Rua UM, quadra B, da cidade de Sumaré, São Paulo, loteamento Jardim Santa Clara, descrito nas Primeiras Declarações R$ 565,45; 1/12 avos do total de um automóvel do tipo brasília, ano 1.980, modelo 1.981, descrito nas Primeiras Declarações R$ 207,18. Haverá para seu pagamento R$ 4.269,72."*

Acesso ao Sumário

Com relação aos bens deixados em decorrência do óbito de Aracy do Prado Elias, o autor foi excluído da sucessão.

Nos autos do arrolamento dos bens deixados por Aracy do Prado Elias, as corrés Raquel e Denise firmaram declaração objetivando a inclusão do autor Silas Sales de Araújo no plano de partilha, herdando a mesma proporção que as herdeiras legítimas, como se verifica a fls. 44/46.

Entendeu o MM. Juízo "a quo" que, embora as herdeiras concordem com o pagamento ao ora autor Silas, não há como aceitá-lo como herdeiro, vez que essa condição é personalíssima. Assim, o MM. Juízo "a quo", de acordo com o documento de fls. 50, orientou as autoras a formalizarem a vontade por escritura pública.

Conforme documento de fls. 56, em 1999 foi homologada a partilha dos bens deixados em decorrência do óbito de Benedito Rodrigues de Araújo e Aracy do Prado Elias e, em consequência, foram adjudicados aos herdeiros os seus respectivos quinhões, ressalvados direitos de terceiros.

Assim, Silas Rodrigues de Araújo, ora autor, é proprietário de 1/12 do bem imóvel situado na Rua Conde de Assumar em decorrência do óbito de sua mãe biológica e 1/12 do referido bem em decorrência do óbito de seu pai biológico, sendo proprietário, portanto, de 1/6 do imóvel situado na Rua Conde de Assumar.

Em relação ao bem situado no loteamento Jardim Santa Clara, o autor é proprietário de 1/12 em decorrência do óbito de seu pai, não havendo nos autos documentos que comprovem ter sido parte do bem a ele transmitida em razão do óbito de sua mãe.

Em sua apelação, requer o autor sua inclusão na partilha dos bens deixados em razão do óbito de sua avó biológica, bem como a condenação das corrés ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Com relação à parte relativa à avó biológica do autor, Aracy do Prado Elias, que era proprietária de 50% do bem imóvel, o autor não concorre com sua herança.

Ora, seu falecimento ocorreu em 10.01.1997, data posterior à adoção do autor. O artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao dispor que:

> *"Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.*
>
> *§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.*

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária."

Aplica-se à hipótese o princípio da saisine, previsto no artigo 1.784 do Código Civil, segundo o qual *"aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários."*

Ora, a partir do momento em que o autor foi adotado, em 24.08.1992, desligaram-se os vínculos familiares com seus pais e parentes, de modo que à época do óbito de sua avó biológica, não mais figurava no rol de herdeiros necessários. Logo, não há falar em direito sucessório em relação a sua família biológica.

Com a adoção, foram criados vínculos com a família adotante, de modo que o autor passou a figurar na condição de filho dos adotantes, inclusive para efeitos sucessórios.

Logo, o autor não é herdeiro de sua avó biológica Aracy do Prado Elias, não se podendo impor às suas irmãs biológicas que doem parte dos quinhões que lhes foram outorgados.

Não se ignora que as corrés formalizaram declarações afirmando que a herança de Aracy deveria ser partilhada na mesma proporção, incluindo o autor. Contudo, não se pode incluir na partilha pessoa que não é herdeiro legítimo tampouco testamentário, cabendo às irmãs, caso queiram, transferir ao autor a parte que entenderem lhe ser cabível.

Ademais, embora o autor alegue que sua avó manifestou declaração de vontade inúmeras vezes no sentido de que o autor deveria ser contemplado com parte de seus bens quando de seu óbito, não foi formalizado nenhum testamento, de modo que é inadmissível a sucessão na hipótese.

Anote-se, ainda, que a corré Raquel manifestou-se nos autos de arrolamento dos bens no sentido de que Silas fosse afastado da partilha dos bens deixados por Aracy, como se verifica a fls. 57.

Verifica-se, portanto, que o autor é herdeiro de sua mãe biológica e de seu pai biológico, contudo, não é herdeiro de sua avó biológica, cujo óbito ocorreu em data posterior à sua adoção.

Uma vez afastado o autor da sucessão relativamente aos bens deixados por sua avó biológica, resta analisar o cabimento ou não de condenação das rés ao pagamento de indenização pelos alegados danos materiais e morais sofridos pelo autor.

Com relação aos danos materiais, requer o autor: a) R$ 56.998,66, correspondente ao 1/3 do valor do imóvel situado na Rua Conde de Assumar e b) R$ 30.000,00 em decorrência do uso exclusivo do bem pelas rés durante mais de dez anos.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, é descabido o pedido de condenação das rés ao pagamento do valor correspondente a 1/3 do valor do imóvel, posto que o autor é coproprietário do imóvel. Se o autor pretende a alienação do bem, deve ajuizar ação pretendendo a extinção do condomínio, sendo descabida a condenação das rés ao pagamento de valor aleatório, superior à quota-parte do autor, a título de supostos danos materiais, sem qualquer comprovação.

O pedido de condenação das rés ao pagamento de valor em decorrência do uso exclusivo dos imóveis pelas corrés, por seu turno, merece ser provido em parte.

Tendo em vista o uso exclusivo dos bens pelas rés, coproprietárias, tem estas o dever de indenizar o autor pelo uso de sua cota-parte, que deve ser apurado de acordo com o valor do "aluguel" que seria devido pelo imóvel.

Tal indenização, contudo, é devida apenas a partir da data em que as rés comprovadamente tiveram ciência da oposição do autor ao uso exclusivo, data essa que se consubstancia no momento da citação. Com efeito, até a data da citação se presume a existência de comodato relativamente à cota-parte do autor. Citadas as corrés, torna-se patente a não concordância condômino com o uso exclusivo do imóvel.

Assim, as rés ficam condenadas ao pagamento de indenização pelo uso da cota-parte do autor relativamente aos bens imóveis desde a citação, cujo montante deve ser apurado de acordo com o valor do "aluguel" que seria devido pelo imóvel, em liquidação por arbitramento. Anote-se, ainda, que o valor dos aluguéis devidos deve ser corrigido e acrescido de juros de mora deste a data em que se tornaram devidos.

Por fim, quanto aos danos morais, não restou configurado, na hipótese, dano moral indenizável. Sustenta o autor a existência de danos morais em decorrência do uso e fruição do bem com exclusividade pelas corrés, bem como sob a alegação de que as rés *"pretendem é desestabilizar o Autor, procurando cavar o sentimento de desigualdade, desestímulo, indiferença, ou seja, a desistência do Autor em fazer prevalecer seus direitos"* (fls. 14).

Acesso ao Sumário

Em que pesem os aborrecimentos experimentados pelo autor, que alega ter sofrido frustração em sua expectativa de direito, tem-se que estes não foram aptos para configurar lesão a sua honra, dignidade ou qualquer outro direito de sua personalidade.

Na lição de Yussef Said Cahali:

"Parece mais razoável [.....] caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-

se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e 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.). Ou, como assinala Carlos Bittar, 'qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)"

(Dano Moral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 20).

Humberto Theodoro Júnior, por seu turno, ensina que (*in* Dano Moral, 3ª edição, Editora Juarez de Oliveira, página 6):

"Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta.

Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal".

Sem que tenha havido dano, não se cogita do cabimento de indenização. Assim, apesar dos aborrecimentos pelos quais possa ter passado o autor, é certo que não são suficientes para caracterizar dano moral, diante da ausência de violação à honra, intimidade, vida privada e imagem do autor, não sendo possível, portanto, concluir-se pelo cabimento de ressarcimento em seu favor.

Assim, o recurso merece ser provido em parte, para o fim de condenar as rés ao pagamento de indenização pelo uso da cota-parte do autor relativamente aos imóveis desde a citação, cujo montante deve ser apurado de acordo com o valor do "aluguel" que seria devido relativamente ao imóvel, em liquidação por arbitramento. Quanto aos valores vencidos, o valor dos aluguéis deve ser corrigido e acrescido de juros de mora à taxa legal deste a data em que se tornaram devidos.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso de apelação, para o fim acima declinado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048704-22.2009.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ELISABETE DE OLIVEIRA, são apelados VALTER YOSHIO HATO, DANIEL YOSHIMY HATO e DENISE ALVES FLOR.

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 27.319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO E SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 26 de março de 2014.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Procedência – Dano moral decorrente de ofensas dirigidas pela ré, aos autores, veiculadas na internet – Fixação em R$ 20.000,00 – Redução descabida – Autores, médico veterinários, que foram difamados de forma indiscriminada, pela ré (chamados de 'açougueiros', 'não saíram das fraldas', 'gentinha' - a eles atribuindo a morte de seu animal de estimação - o que foi afastado pela perícia) – Nexo causal estabelecido – Montante que se mostra apto a reparar o dano causado, sem ensejar o enriquecimento sem causa dos demandantes – Sentença mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Indenização por Danos Morais que, decidindo o mérito dos pedidos deduzidos na petição inicial, decretou a procedência dos mesmos para condenar a ré a pagar os autores, pelo dano moral causado, a importância de R$ 20.000,00, atualizada e acrescida de juros de mora desde a data do sentenciamento, além de promover a exclusão imediata (24 horas) dos conteúdos ofensivos de suas publicações, relacionadas aos requerentes, abstendo-se de realizar outras novas, bem como lhes remeter correspondência eletrônica, sob pena de multa diária

de um salário mínimo. Por força da sucumbência, carreou ainda à demandada o pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária, arbitrada em 15% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, apela a vencida (fls. 651/655), sustentando a necessidade da reforma da r. sentença recorrida, haja vista que perdeu seu animal de estimação após a realização de procedimento em hospital pertencente ao coautor (diversamente daquele por ela autorizado), em evidente erro. Que publicou o ocorrido na internet, com o intuito de 'desabafar e alertar' outros consumidores. Que aludidas publicações foram erroneamente interpretadas como ofensa à integridade moral dos apelados.

Prossegue a recorrente dizendo que, além de sofrer com a perda do animal de estimação, ainda fora condenada ao pagamento de indenização em vultosa quantia. Reitera que apenas publicou seu descontentamento com o Hospital Hato no site 'Reclame Aqui'. Que o valor fixado é por demais injusto e extrapola, em muito, sua capacidade econômica. Aguarda o provimento recursal, afastando-se o reconhecimento de dano moral indenizável ou pela isenção do pagamento de qualquer valor a esse título. Alternativamente, pela redução do *quantum* indenizatório.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fls. 656, decorrido *in albis* o prazo para oferecimento de contrarrazões, o que está certificado a fls. 658.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A ação é de obrigação de fazer e não fazer e veio cumulada com pleito reparatório a título de danos morais, em virtude de publicações lançadas pela ré junto à internet, relacionadas aos autores (médicos veterinários) e ao atendimento por eles prestados ao seu animal de estimação, a eles imputando erro, além de ofensas nas referidas manifestações, pleitos integralmente acolhidos pela r. sentença recorrida.

Em que pesem os reclamos da apelante, reputo correto o decreto de procedência.

Aliás, esta Turma Julgadora, ao dar parcial provimento ao agravo de instrumento (deferindo em parte a tutela antecipada postulada - Autos nº 990.10.132458-0), observou que:

"É dentro dessa compreensão do instituto que se pode dizer, aqui, presentes a verossimilhança e o risco de dano, com fundado receio de sua possível irreparabilidade, caso as expressões, com conteúdo ofensivo, continuassem a ser divulgadas indiscriminadamente na rede mundial de computadores.

Assim é que há verossimilhança, na medida em que as matérias veiculadas em sites *da* internet *extrapolaram o conteúdo informativo, utilizando expressões difamatórias em relação aos agravantes, por suposto erro médico cometido*

Acesso ao Sumário

em tratamento dispensado ao cão da autora, fatos estes que ainda pendem de apuração.

Cabível ainda a cominação de multa diária, como pretendem os agravantes, no valor ora fixado de R$ 1.000,00. Nesse particular, anoto que os parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil permitem ao magistrado a adoção das medidas necessárias para garantir a efetivação da tutela deferida ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Convém aqui transcrever parte do despacho que concedeu parcialmente a antecipação de tutela, inexistindo razões trazidas em resposta que modifiquem o entendimento adotado:

> *'O pedido visando a concessão de efeito ativo, comporta deferimento em parte. Se de um lado é garantido o direito constitucional de liberdade de expressão, este não é absoluto, devendo ser feito desde que não atinja a intimidade e a reputação de outrem, ainda mais quando os fatos denunciados ainda não foram definitivamente apurados. Destarte, concede-se a liminar para que no prazo de 15 (quinze) dias, a agravada entre em contato com os administradores dos* sites *e promova a retirada das matérias por ela subscritas com caráter ofensivo aos agravantes, ou, alternativamente, neste mesmo prazo, promova a edição das mesmas, extirpando qualquer menção desonrosa à conduta dos médicos envolvidos e da clínica, sob pena do pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais). Anoto ser inviável a expedição de ofício ao site Google Brasil, porquanto ser o mesmo provedor de busca e não de armazenamento de informações.'*

Alie-se a tudo isso que a própria agravada, em contraminuta, relata ter dado atendimento à liminar deferida, retirando as expressões difamatórias, com a adequação das matérias, e que não se opunha ao provimento do agravo...".

O processamento da ação principal não alterou o entendimento acima transcrito. Vale dizer, a dilação probatória - em especial a prova pericial produzida, indicativa de que os procedimentos realizados pelos apelados, no que tange ao animal de estimação da apelante, foram corretos - apenas confirma o excesso por ela cometido, seja diante da inexistência do apontado erro médico, seja pelo evidente conteúdo ofensivo das manifestações por ela lançadas, em relação aos mesmos recorridos, em sites da internet e de franco acesso ao público (qualificando-os como *'açougueiros'... 'que o Hospital Veterinário Dr. Hato matou meu cão'... 'por causa desses nobres doutores que se graduaram, não saíram das fraldas, tampouco concluíram doutorado', 'sei que essa gentinha não é presa, muito menos cassada, mas merece um por puxão de orelha...'*).

A dor moral é, pois, evidente.

Não há como negar que os autores foram postos em situação vexatória e de constrangimento, à luz do conteúdo das manifestações acima transcritas.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, não pairam dúvidas no sentido de que o evento causou-lhes dor moral passível de indenização, restando plenamente estabelecido o nexo causal.

Ressalte-se, ainda, acerca do pleito indenizatório por dano moral, que são corriqueiros os pedidos de indenização sob esse fundamento. Na realidade, os mais triviais aborrecimentos do dia-a-dia estão, hoje, sendo equiparados a um sofrimento qualificado como insuportável, resultado de forte dor moral, acompanhado de vergonha. Chega-se a poder afirmar que qualquer contrariedade, mesmo que corriqueira, é, para alguns nódoa indelével e permanente que mesmo com o pagamento pretendido, talvez nem assim se repare. No entanto, não é esse o caso dos autos.

A reparação pelo dano é consequência da prova inequívoca do abalo moral, que como resultado prático deve gerar o descrédito dos autores nos meios respectivos meios sociais e aqui, especialmente profissional, cumprindo anotar, ainda, que é necessário que se torne absolutamente certo, induvidoso, que entre a conduta da ré e o prejuízo e ofensa alegados pelos requerentes, exista nexo de causalidade, o que, pelo já exposto, pode-se afirmar que ocorreu.

A sensibilidade moral dos autores pode alcançar parte da pretensão indenizatória que reclamaram na inicial (acolhida pela r. sentença). Não se trata de qualquer fato se transforma em motivo de pedido de indenização por esse fundamento. A esse respeito, vale trazer a colação voto do Desembargador SÉRGIO CAVALLIERI FILHO do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 8218/95, que assim se expressa:

"A matéria de mérito cinge-se em saber o que configura e o que não configura o dano moral. Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos agora o risco de ingressarmos na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-se aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos..."

Acesso ao Sumário

Em se tratando de pedido formulado a título de indenização, a responsabilidade civil há de ser examinada nos limites expressos do artigo 186 do Código Civil, o que significa dizer que o dever indenizatório resulta de culpa do agente que, por negligência, imprudência ou imperícia, tenha com sua ação ou omissão, causado prejuízo a outrem.

Indenizar significa reparar, restabelecer, nunca enriquecer o indenizado e nem provocar de forma injustificada a redução patrimonial de quem é condenado. A indenização significa restabelecer, restituir uma situação jurídica determinada, que por obra da culpa do agente, causou dano àquele que postula a indenização referida.

Estabelecido o nexo causal, passa-se a análise do *quantum* indenizatório. Nesse particular, é sabido que não existe um critério determinado para seu arbitramento. A fixação fica ao livre arbítrio do julgador que deve observar a particularidade do caso que lhe é apresentado a decidir.

Deve-se balizar sempre pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando ao mesmo tempo compensar a dor sofrida e desestimular o causador do dano a reiterar o ato praticado.

De outra parte, não deve gerar o enriquecimento ou empobrecimento de qualquer das partes; nem daquela que busca a reparação, nem da que causou o dano.

Convém transcrever trecho da Apelação Cível n. 218.449-1, que teve como relator o eminente Desembargador Antonio Manssur, ao comentar sobre o assunto:

"É sabido, à saciedade, que a indenização, em casos como o retratado nestes autos, deve situar-se, o mais possível dentro da razoabilidade e da realidade, evitando-se, ainda, que a vítima de dano moral venha a enriquecer-se por conta do mesmo; não é esta, à toda evidência, a intenção da lei; o dano moral não pode e não deve ser causa de enriquecimento do ofendido; a indenização, em pese ao arbítrio do Magistrado, deve ser fixada em montante compatível, considerados o grau de culpa, a posição do ofendido na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano."

Ainda acerca desse mesmo tema, RICARDO FIÚZA, na Obra CÓDIGO CIVIL COMENTADO, 6ª Edição, Editora Saraiva, às págs. 913, observa que:

"O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante

Acesso ao Sumário

que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo' (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit. P. 247 e 233; v. também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit. P. 33-42; Rui Stocco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 4ª ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 762; e Antonio Jeová Santos, Dano moral indenizável, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-65, v. acórdãos em JTJ, 199/59; RT, 742/320."

No caso em exame, o montante fixado pela r. sentença recorrida (R$ 20.000,00) atende tais critérios e mais, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Mostra-se apto a reparar o dano causado, sem ensejar o enriquecimento sem causa dos apelados, daí porque descabida sua redução.

Fica, pois, mantida a r. sentença guerreada, em seus inteiros termos.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0118334-77.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SEBASTIÃO RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO DO BRASIL S.A..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso do autor, para fixar o evento danoso como termo inicial de incidência dos juros de mora e negaram provimento ao apelo e ao agravo retido do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7294)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE E FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 27 de março de 2014.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AGRAVO RETIDO. Preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e ausência de interesse de agir bem afastadas. Recurso desprovido.

INDENIZATÓRIA. Autor que foi gravemente atingido por placa de publicidade do banco réu. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da empresa ré. Fato do serviço. Não caracterizada culpa exclusiva de terceiro. Banco réu que teve tempo hábil para tomar

Acesso ao Sumário

precauções para o conserto da placa atingida por um veículo no dia anterior. Danos morais que decorrem do acidente e da dor experimentada, além do prejuízo estético e físico constatados em perícia judicial. Valor fixado que não comporta alteração, já que condizente com as circunstâncias do caso e com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Juros de mora que devem incidir desde a data do evento danoso. Recurso do autor provido em parte, desprovido o apelo do banco réu.

VOTO

Trata-se de pedido de indenização por fato do serviço, julgado procedente em parte pela respeitável sentença de fls. 341/343, cujo relatório se adota, para condenar a ré a pagar ao autor indenização no montante de R$ 40.000,00, a título de danos morais. Em razão do decaimento parcial de ambas as partes, foi distribuído igualmente o ônus da sucumbência.

Inconformadas apelam as partes.

O autor pleiteando a majoração do valor arbitrado a título de reparação por danos morais, bem como a incidência dos juros de mora e da correção monetária desde o evento danoso (fls. 349/354).

O réu requerendo, preliminarmente, seja conhecido o agravo retido de fls. 239/246, e aduzindo que inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, porque ausente relação de consumo entre as partes; que incide ao caso excludente de responsabilidade acerca do evento danoso, pois restou comprovada a culpa exclusiva de terceiro; que não restaram caracterizados danos morais; e que o valor foi fixado em quantia muito elevada (fls. 355/373).

Houve respostas aos recursos (fls. 380/389 e 390/394).

É o que importa ser relatado.

O recurso do autor comporta acolhimento em parte, desprovido o apelo e o agravo retido do réu.

A petição inicial não é inepta, uma vez que atende aos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, estando devidamente narrados os fatos ensejadores do ajuizamento da ação e as razões pelas quais pretende a responsabilização do réu.

Vislumbra-se também interesse de agir, na medida em que a via escolhida é adequada e necessária para obtenção do resultado almejado. Confira-se, a respeito do interesse de agir, o escólio de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, para quem: *"Existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como indicadores da presença deles:* ***a necessidade da***

Acesso ao Sumário

realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado. [...] *Em princípio, não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando da interferência do Estado-juiz seja necessária sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja adequada segundo a lei."* **(Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 312)** (realces não originais).

Ainda, o banco réu é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, na medida em que a ele é atribuída responsabilidade objetiva pelos danos causados. A configuração de tais danos ou de excludente de responsabilidade é matéria atinente ao mérito da demanda.

Desse modo, nega-se provimento ao agravo retido de fls. 239/246.

No dia 28 de julho de 2004, por volta das 16h50, o autor caminhava pela calçada, quando foi subitamente atingido por uma placa de publicidade do banco réu. Desmaiado, foi levado ao hospital do Tatuapé, e logo transferido ao Hospital São Luiz.

Neste nosocômio foi diagnosticado com traumatismo crânio-encefálico, fratura do tornozelo, da coluna, de arcos costais e de escápula. Permaneceu internado até o dia 7 de agosto, tendo sido submetido a três cirurgias bem sucedidas (fratura de tornozelo, trombectomia e cranectomia - fls. 131).

Insta asseverar que a relação discutida nos autos é inequivocamente de consumo, devendo, por conta disso, a questão ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 14 prevê a obrigatoriedade do fornecedor de serviços em reparar danos causados ao consumidor por defeitos relativos à sua prestação, independentemente de culpa.

A tese de que não há relação de consumo evidentemente não pode ser acolhida, já que o artigo 17 do referido *codex*, aplicável ao caso, equipara aos consumidores todas as vítimas do evento.

Desse modo, a responsabilidade do réu é manifesta, pois compete a ele a prestação de serviços seguros e eficientes, devendo arcar com qualquer dano que venha a causar a terceiro em razão de sua atividade.

Os fatos são incontroversos. Argumenta o banco réu, todavia, que incide à hipótese excludente de responsabilidade (artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor), consubstanciada na culpa exclusiva de terceiro.

Isso porque, segundo declarado por preposto do réu, em boletim de ocorrência, no dia anterior ao acidente, por volta das 16h20, *um cliente desconhecido, ao estacionar seu veículo Pajero, prata, placas não anotadas no estacionamento frontal à agência, acabou por chocar-se contra o totem de sinalização do banco, contudo, aparentemente não causando danos* (fls. 16/17).

Acesso ao Sumário

Entretanto, impossível excluir o nexo de causalidade em razão dos fatos narrados, já que não vislumbrada culpa exclusiva do terceiro.

Conforme reconhecido pelo preposto, foi observado o acidente entre o veículo e o totem de propaganda, no dia anterior, mas não foi adotada cautela alguma para a sua reparação e para o resguardo dos consumidores. E não é verdade que não houve tempo hábil para tanto, já que o acidente ocorreu somente vinte e quatro horas mais tarde.

Ademais, o banco réu suportou todas as despesas com a recuperação do autor em hospital privado, e com o posterior atendimento domiciliar, conduta que exclui a alegação de responsabilidade exclusiva de outrem.

Do que se extrai dos autos é que o acidente poderia ser facilmente evitado, tivesse o banco réu agido de forma precavida, segura, o que não ocorreu. Impõe-se, pois, a sua responsabilidade pelos danos morais experimentados pelo autor.

O valor da indenização determinada pelo juízo* a quo *(R$ 40.000,00) também não merece qualquer reparo.

A reparação por danos morais deve ser sempre fixada em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere sua natureza punitiva e compensatória; a primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio, e a segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido.

Na fixação da indenização deve ser levada em conta a repercussão do fato na vida pessoal e econômica dos autores, sem enriquecimento sem causa, e as condições financeiras do réu, pois não se pode perder de vista o caráter punitivo do valor da indenização **(JTJ 145/107)**, como antes afirmado.

Na hipótese, o autor, que contava com cinquenta e sete anos de idade na ocasião, foi internado, submetido a três cirurgias, com a inserção de pinos, e teve longo período de recuperação, o que seguramente lhe ocasionou grande abalo. Além disso, é evidente, experimentou dores severas em decorrência de seus graves ferimentos.

Acesso ao Sumário

A perícia judicial constatou que o autor apresentou:

- fratura de crânio. Sem sequelas neurológicas.

- fratura de coluna cervical. Apresenta lesão do plexo braquial direito com sequela funcional em grau mínimo (25%) para uso do membro.

- fratura de arcos costais direito. Sem sequela.

- fratura de tornozelo direito. Sequela articular moderada (50%).

- dano estético mínimo (10%) pelas cicatrizes.

(...)

Comprometimento Patrimonial Físico: estabelecido em 37,5% segundo

tabela Susep (fls. 302).

Por outro lado, conforme já destacado, necessário atentar que a indenização tem também caráter punitivo e, embora tenha havido defeito na prestação do serviço, após o ocorrido a conduta do banco réu foi exemplar.

Suportou o pagamento de todas as despesas hospitalares na rede privada, em nosocômio de qualidade e, depois da alta hospitalar, manteve acompanhamento domiciliar, até a sua recuperação.

Levando-se em conta todas as circunstâncias do caso concreto, mais precisamente, o grau de culpa, os prejuízos morais ocasionados, em razão da dor do ferimento e do comprometimento físico e estético, bem como a conduta do banco réu, reputa-se correto o valor da indenização fixado pela respeitável sentença. A quantia de **R$ 40.000,00** é suficiente para provocar ao autor satisfação que compense seu sofrimento, bem como para punir o réu pelo defeito na prestação do serviço.

A correção monetária incidirá desde a data da sentença, conforme dispõe a súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça. Os juros de mora, todavia, por se tratar de responsabilidade extracontratual, incidirão a partir do evento danoso (28.07.2004), nos termos da súmula 54 da mesma corte, à razão de 1% ao mês, tal como estipulado pelo art. 406 do Código Civil.

Por tais razões, ***dá-se provimento parcial ao recurso do autor***, para fixar o evento danoso como termo inicial de incidência dos juros de mora e ***nega-se provimento ao apelo e ao agravo retido do réu***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004480-35.2012.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DA ALTA PAULISTA, são apelados SÉRGIO MINORU KOGA (E OUTROS(AS)), ADALBERTO SUNAO KOGA, HELENA MIYAKO KOGA FRANCO, HAROLDO FRANCO e SILVINHA SOARES KOGA.

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 n° 17699)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente), JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 11 de março de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ALIENAÇÃO DE COISA COMUM - DEMANDA AJUIZADA CONTRA O ESPÓLIO - EXTINÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - ELEMENTOS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE PARTILHA DO BEM - IMÓVEL INVENTARIADO NA SUA INTEGRALIDADE - INTERESSE DO ESPÓLIO E NÃO DOS HERDEIROS EM RESISTIR À PRETENSÃO INICIAL - SENTENÇA DE EXTINÇÃO AFASTADA, COM DETERMINAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, a ação de alienação de coisa comum, em razão da legitimidade passiva (fls. 286/290).

Inconformada com a sentença, apela a autora sustentando a legitimidade passiva do espólio em razão do falecimento do Sr. Yugi Koga, conforme cópia do pedido de arrolamento juntado com a inicial. Pugna pela redução da verba honorária (fls. 292/305).

Regularmente processado o recurso, vieram aos autos contrarrazões de fls. 310/315.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Respeitado o entendimento do MMª. Juíza sentenciante, o decreto de extinção por ilegitimidade passiva deve ser afastado.

A presente ação de alienação de coisa comum cumulada com cobrança de aluguel foi extinta pelo Juízo *a quo* por entender que o imóvel encontra-se na seguinte situação, 50% pertencente aos filhos do executado/falecido e 50% pertencente à autora, através de arrematação (fls. 173 verso e 174), daí o interesse em resistir não recairia sobre o espólio de Yugi Koga, que não mais teria a propriedade do imóvel, mas sim sobre seus filhos, proprietários de 50%.

Todavia, depreende-se dos autos que houve pedido dos herdeiros para a partilha do imóvel, objeto da lide, na sua **integralidade** e não de 50%, conforme pedido de arrolamento de bens - Processo 411.01.2010.003785-1/000000-000 (fls. 127/131).

Neste contexto, os elementos constantes dos autos evidenciam o interesse

Acesso ao Sumário

do espólio e não dos herdeiros em resistir à pretensão inicial, uma vez que ainda não houve a partilha do bem.

Assim, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para afastar a extinção decretada, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0065261-18.2009.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes ISAEL ARIOZI e ANTONIO ALBERTO CORTEZ, é apelado JOÃO LUIZ ROSALEN.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 11 de março de 2014.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE OBRA INTELECTUAL - Inocorrência - Indenização indevida - Sentença de improcedência mantida - Apelo improvido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 359/362 - cujo relatório se adota - que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais (em razão de suposto uso indevido de obra intelectual) ajuizada pelos apelantes em face do apelado.

2. Inconformados, apelam os autores (fls. 366/405), alegando, em síntese, que o coautor ISAEL ARIOZI contratou o coautor ANTONIO ALBERTO CORTEZ, arquiteto, para a elaboração de projeto de uma casa, sendo que constataram, posteriormente, que o réu teria se utilizado do mesmo projeto.

3. Argumentam que o projeto dos autores é "exclusivo e original" (fls.

Acesso ao Sumário

369) e que o imóvel foi "clonado", sendo que a Lei nº 9.610/98 protege o projeto arquitetônico e violar direitos autorais é crime (fls. 371).

4. Asseverando que o i. sentenciante desconsiderou a prova produzida (fls. 376), reiteram que "[...] As casas são praticamente idênticas, em traços, modos e cores [...]" (fls. 378).

5. Concluem que a conduta do réu "[...] atingiu a honra e a imagem do Autor e toda a sua família no âmago do seu círculo mais íntimo e profundo que é o seu círculo familiar". Prosseguindo, aduzem que:

> "[...] a casa é para a família a exteriorização do que aquela família representa para aquele círculo. Prova disso se faz com a utilização de diversas expressões como o "Sonho da Casa Própria", "Quem casa, quer casa", etc. Aquela pessoa que forma uma família, quer ser representada pela sua casa e é ali que ela deposita seus sonhos, começa ali o início da sua vida pessoal. Foi assim que aconteceu com o Autor que fez um sonho se realizar depois de anos de trabalho junto de sua família. Porém, se deparou com essa situação fatídica, **onde o Requerido usurpou os sonhos da família do Autor, expondo-a a uma situação vexatória diante da sociedade**" (fls. 380 - Destaquei).

6. Mencionam a convenção da união de Paris (fls. 384) e argumentam que a conduta do réu abalou tanto a honra do profissional contratado como a de seu cliente, que pagou por um projeto exclusivo num condomínio de luxo da cidade (fls. 390). Requerem o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença e a condenação do réu.

7. O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 406).

8. Resposta às fls.410/426.

FUNDAMENTOS.

9. O apelo não merece ser provido, devendo a r. sentença ser mantida, inclusive por seus próprios fundamentos (artigo 252 do Regimento Interno desta E. Corte).

10. Não se nega que as criações do espírito referentes a projetos de arquitetura são obras intelectuais legalmente protegidas, nos termos do artigo 7º, inciso X da Lei nº 9.610/98.

11. Ocorre que a lei fala em ***criações*** *do espírito*, do que decorre a necessidade da existência de - ao menos relativa - originalidade do projeto arquitetônico.

12. Contudo, no caso presente, como muito bem ponderou o i. sentenciante:

> "[...] o projeto dos autores nada tem de original em termos arquitetônicos, **pois repete a velha fórmula de colunas e pórticos, com águas furtadas, utilizadas a exaustão em construção civil desde os tempos do Egito e da Grécia antigos até a atualidade**, em releituras e de forma estilizadas, muitas vezes adaptadas à capacidade econômica do

Acesso ao Sumário

construtor e a disponibilidade de materiais e mão-de-obra, porém, sempre remetendo em si a ideia original criadas pelos antigos construtores das primeiras civilizações ocidentais, a quem, a sua verdadeira autoria ignora-se.

A propósito, **basta o simples olhar sobre o projeto e fotografias da construção realizada pelos autores para se perceber a sensação de *déjà vu***, ou seja, de já ter sido vista inúmeras obras similares por aí, **sem despertar aquela emoção do novo, que somente acontece diante de um projeto original, como ocorreu nas obras tidas como inovadoras em arquitetura, tais como o projeto da construção de Brasília e do seu edifício COPAM em São Paulo, por Oscar Niemeyer; de Lina Bo Bardi para o MASP, ou mesmo das casas modernistas de Frank Lloyd Wright**, criações essas que se possam chamar de autênticas, por não terem se utilizado em grande parte de nenhuma outra ideia ou solução anterior em arquitetura.

Portanto, não se trata o projeto dos autores de nenhuma obra original, **daí por que não pode ser conferido a eles à paternidade exclusiva de sua criação, que não passa também de cópia da ideia do uso de colunas e pórticos há milhares de anos usadas na construção civil**, ainda que numa leitura simplificada e estilizada, que à evidência, vem sendo repetida alhures e esgotada na impossibilidade de sua inovação, em razão da própria limitação desse repertório" (fls. 361 - Destaquei).

13. Não se discute a evidente e inegável semelhança das fachadas das casas (vide fotografias de fls. 326 e seguintes).

14. Registre-se, nesse contexto, que o laudo pericial concluiu somente pela semelhança das fachadas, não do projeto como um todo. Nesse sentido, ponderou o *expert* que "[...] A planta baixa (divisão interna dos compartimentos) do imóvel do autor é diferente daquela do imóvel do requerido" (fls. 317).

15. Bem se consignou que não há no caso aquela originalidade na obra arquitetônica que mereça a tutela garantida pela legislação de propriedade intelectual. Não se exige - reitere-se - originalidade absoluta.[1]

16. Quanto à questão das cores (aspecto a que os autores também se referem), evidentemente que ninguém detém direito de exclusividade sobre elas, gozando cada um de total liberdade para pintar sua própria casa como melhor lhe aprouver.

17. De toda forma, não se vislumbram os prejuízos alegados, notadamente à honra dos autores.

18. O fato é que não há danos materiais ou morais indenizáveis. A semelhança das fachadas pode gerar - no máximo - aborrecimento aos autores,

1 **A título de ilustração**, mencione-se que até mesmo o próprio livro sagrado (Bíblia) já aponta a excepcionalidade do NOVO entre nós: *Nada há nada de novo debaixo do sol. O que foi, isso é o que há de ser; e o que se fez, isso se fará; de modo que nada há de novo debaixo do sol. Há alguma coisa de que se possa dizer: Vê, isto é novo? Já foi nos séculos passados, que foram antes de nós [...] Eclesiastes 1:9-10.*

Acesso ao Sumário

porém, ***mutatis mutandis***, é praticamente o mesmo desconforto (não indenizável) que se sente eventualmente quando se depara num mesmo ambiente com outra pessoa utilizando idêntica roupa (e sabe-se lá a origem de ordem sociológica ou psicológica de tal sentimento; talvez até certo *egocentrismo*, mas aqui não é sede para tal discussão).

19. Há evidente exagero dos autores na afirmação de que o réu "usurpou os sonhos de sua família", sendo que o Direito existe para resolver os reais conflitos de interesse entre as pessoas, não os *conflitos internos* de pessoas que não demonstram a tolerância necessária ao convívio social harmonioso e diante de situação legítima, em que não houve qualquer lesão a um bem juridicamente tutelável (Não se acredita que os sonhos de uma família estariam alicerçados na exclusividade das características da fachada de uma casa).

20. O Judiciário e a própria sociedade perdem com a cultura do *demandismo* e a falta da *tolerância* já referida, sendo que existem milhares ou milhões de outras lides envolvendo, a título de exemplo, menores que necessitam urgentemente de uma ordem judicial que lhes preservem o direito básico aos alimentos.

21. Correto, portanto, o entendimento manifestado na r. sentença recorrida e, muito embora se esforce o d. patrono dos autores em sua argumentação, entendo que estes não se desincumbiram do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito à indenização, quais sejam, a prática de ato ilícito, a ocorrência de efetivos danos e o nexo causal entre eles.

22. Diante do exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso dos autores, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013428-06.2003.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante/apelado CLÉBER JOSÉ BENELLI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS e JF GARCIA & CIA LTDA. e Apelado SÔNIA REGINA MOREIRA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram provimento aos recursos das rés. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e HELIO FARIA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de março de 2014.
SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Acidente de Trânsito com resultado morte. Indenização por danos morais. Colisão que ocasionou a morte da companheira do autor, grávida de 8 meses, e de sua filha. Denunciação a lide da seguradora. Artigo 186 do Código Civil. Reconhecimento de culpa do motorista do ônibus no âmbito criminal. Culpa "in eligiendo" da transportadora. Artigo 932, III, do Código Civil. Inegável o dano, o nexo causal, e conduta culposa em relação à requerida J.F. Garcia. Responsabilidade objetiva do transportador. Ausência de responsabilidade da ré Sônia mesmo que tenha atuado como "guia" ou "organizadora da viagem para sacoleiras". Indenização a título de danos morais no valor de R$ 81.000,00, correspondente a 100 salários mínimos, com juros de mora desde a citação e correção monetária desde o seu arbitramento. Pensão alimentícia indevida. Inexistência de provas da relação de dependência. Honorários da lide secundária mantidos. Sucumbência mínima que não impõe a obrigação do autor no pagamento de sucumbência. Obrigação das rés no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixados em 10% sobre o valor da condenação. Apelo do autor provido parcialmente, apenas para afastar a condenação no pagamento de honorários e negado provimento aos recursos das rés.

VOTO

A sentença de fls. 455/467, cujo relatório se adota, nos autos da ação de reparação de danos morais c.c. alimentos, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a requerida no pagamento ao autor de indenização por danos morais em valor que fixou em 100 salários mínimos, considerando o valor individual na data do efetivo pagamento. Julgou procedente, ainda, a denunciação da lide firmada entre J.F. Garcia & Cia Ltda. em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros para condenar esta última a arcar com o valor ora fixado. Diante da sucumbência parcial, cada parte

Acesso ao Sumário

arcará com as despesas processuais que despendeu e com os honorários de seus advogados.

Embargos de declaração opostos às fls. 473/474 e acolhidos para constar na sentença a condenação da denunciada Sul América ao pagamento de honorários advocatícios, que fixou em 10% sobre o valor da condenação (fls. 510/511).

Recurso de apelação interposto pela autora às fls. 477/497 para o fim de condenar a apelada Sônia Regina Moreira, solidariamente, porquanto a vinculação da responsabilidade do intermediário decorre do simples motivo de que ele oferece à venda as passagens, atraindo os interessados para a compra. Afirma que o lucro ou prejuízo é essencialmente o risco de sua atividade negocial. Requer a elevação da indenização por danos morais, compatível com o evento danoso, e condenar a apelada ao pagamento de alimentos no valor e pelo período pleiteado na inicial ou no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo vigente. Por fim, que sejam a indenização e os alimentos fixados corrigidos monetariamente a partir da data do evento e acrescidas de juro de mora a contar da citação e que sejam as apeladas condenadas na constituição de capital que assegure o efetivo adimplemento das imposições a que foram condenadas e nos encargos da sucumbência.

Sul América recorre para que a lide secundária seja julgada improcedente, em relação ao reembolso da indenização em favor do denunciante, principalmente quanto aos danos morais, e por consequência, invertendo-se os ônus da sucumbência.

JF Garcia & Cia Ltda. recorre para afastar a indenização que lhe foi imposta, por se tratar de caso fortuito. Alternativamente, na hipótese de não provimento, requer a desvinculação do salário mínimo como parâmetro de indenização, fixando-se valor exato o eventual montante indenizatório, e redução do valor a ser arbitrado. Sucessivamente, requer a fixação dos honorários advocatícios decorrentes da procedência da denunciação da lide fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Recursos recebidos nos seus regulares efeitos, fls. 521.

Contrarrazões apresentada às fls. 528/531, 532/539 e 540/545.

A 16ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso, com determinação de remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I (fls. 569/574).

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos c.c. alimentos contra J.F. Garcia & Cia Ltda. e Sonia Regina Moreira, sob alegação de que a agenciadora Sônia Regina Moreira contratou a requerida J.F. Garcia para uma viagem de fretamento, com saída de Cândito Mota/SP e com destino a São Paulo. A requerida Sônia vendeu as passagens para os interessados na viagem, estando entre eles Vanessa

Acesso ao Sumário

Aparecida de Brito, companheira do requerente. A viagem foi interrompida no município de Iaras/SP, em razão de acidente automobilístico envolvendo o coletivo da empresa demandada e um caminhão, quando se apurou que o ônibus colidiu com a traseira do caminhão, ocasionando, dentre outros danos, a morte da esposa do autor, grávida de 8 meses. Diante da dor sofrida pela perda da companheira e filha, requer indenização por dano moral na quantia de 100 salários mínimos, além de pensão a título de alimentos no valor de R$ 800,00, já que sua companheira possuía uma empresa e recebia *pro labore* equivalente a R$ 1.200,00, que sustentava a família.

A requerida J.F. Garcia requereu a denunciação à lide da seguradora Sul América Cia. Nacional de Seguros, pois com ela mantinha contrato de seguro de acidentes contra terceiros na data do fato.

O juiz julgou parcialmente procedente a ação, afastando a responsabilidade da requerida Sônia e condenou a ré J.F. Garcia no importe de 100 salários mínimos na data do efetivo pagamento. Na lide secundária, condenou a Sul América a arcar com o valor fixado. Entendeu pela sucumbência parcial.

O autor recorre alegando a responsabilidade solidária da ré Sônia Regina Moreira, uma vez que esta fretou o coletivo da apelada J.F. Garcia & Cia Ltda., sendo que deste fretamento obteve vantagem econômica. Afirma ter direito aos alimentos pleiteados, uma vez que sua mulher sempre exerceu atividade laborativa e contribuía financeiramente para o sustento da família, inclusive do seu filho, cujo pai não é o apelante. Por fim, alega ter havido sucumbência parcial e não recíproca.

Sul América apela alegando não ter o dever de indenizar, diante do dolo ou culpa grave da denunciante, uma vez que o acidente ocorreu porque o veículo segurado não estava em condições de trafegar, com problemas de freios, contrariando as cláusulas inseridas nas condições gerais da apólice.

A empresa transportadora J.F. Garcia &Cia Ltda. apela aduzindo culpa de terceiro para eclosão do evento, o que afasta o seu dever de indenizar. Diz ser excessivo o valor fixado a título de danos morais, e que o valor deve ser desvinculado do salário mínimo para ser arbitrado um valor exato e determinado. Por fim, pretende a elevação dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

O artigo 186 do Código Civil expressamente prevê que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

"São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexo causal, que é a vinculação entre determinação ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o

Acesso ao Sumário

dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente." (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 7ª edição, 2013).

Pois bem, nestes termos, assim constatou-se nos autos.

No termo de declaração junto à delegacia de polícia do município de Cândido Mota/SP, o motorista do ônibus da empresa J.F. Garcia afirmou que: "*Quando deixou a garagem da empresa, na cidade de Assis, acompanhado apenas de sua esposa, o declarante percebeu que o ônibus estava com pouco freio e retornou para a garagem, onde conversou com o chefe da oficina, JOSÉ AMARAL e este, após verificar os freios disse ao declarante para fosse daquele mesmo e que em São Paulo deveria trocar por um ônibus que levava uma excursão para o Playcenter. O declarante, mesmo contrariado, continuou o seu trajeto. Na Rodovia Castelo Branco, no km 277, município de Iaras/SP, o declarante percebeu que à sua frente seguia um caminhão de 'sucata'. Ao se aproximar do caminhão, quando já ia iniciar a ultrapassagem, percebeu que de cima do caminhão caiu um objeto grande sobre a pista de rolamento. O declarante tentou acionar o freio do ônibus, este não funcionou e não teve como evitar, acabando por bater contra o objeto e posteriormente contra a traseira do caminhão*". (fls. 88)

Já a representante legal da requerida JF Garcia respondeu: "*Pelo que sabe do acidente o ônibus foi fretado para ir até São Paulo e no caminho estava atrás de um caminhão de sucata e várias coisas caíam dele. Por este motivo tentou ultrapassá-lo, mas como vinha outro carro voltou para a pista. O caminhão, devido a queda dos objetos, diminuiu a velocidade e o ônibus não conseguiu frear a tempo e colidiu. Todos os veículos antes de seguir viagem passam por manutenção e o ônibus, objeto deste processo, também passou por manutenção*". (fls. 311)

É cediço que a responsabilidade civil é independente da criminal, todavia, não se pode questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (art. 935 do CC).

A sentença proferida no juízo criminal contra o motorista do ônibus, Cláudio Simão de Oliveira, incurso nas condutas e nas penas do artigo 302, "caput", da Lei 9.503/97 c.c. art. 70 do Código Penal, foi julgada procedente (fls. 338/355). Nesta, fundamentou que:

"*Da prova dos autos concluo que o acusado não agiu com as devidas cautelas na direção de veículo automotor destinado a transporte de passageiros (ônibus), já que restou comprovado pela prova oral que o mesmo 'cochilou' ao volante, dando causa ao acidente, no caso, vinco a colidir com a traseira de um caminhão que trafegava à sua frente, resultando nas mortes de Gildete*

Acesso ao Sumário

Miranda de Oliveira, de Vanessa Aparecida de Brito e de seu feto (34 semanas de gestação).

A versão do acusado de que o sinistro ocorreu por conta de problemas no freio do veículo por ele conduzido não merece credibilidade. Explico: a testemunha José de Souza Amaral, mecânico responsável pela revisão dos freios do ônibus, esclareceu que o tal veículo era dotado de freios pneumáticos, os quais travam automaticamente as rodas, ante a falta de ar. Ou seja, se realmente tivesse ocorrido pane no sistema de freio, o ônibus teria parado".

Do recurso interposto pelo motorista no juízo criminal, este E. Tribunal de Justiça rejeitou a preliminar e deu parcial provimento ao apelo tão somente para reduzir as penas (fls. 357/366).

O artigo 932, III, do Código Civil expressamente prevê que "são também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".

Assim, conforme asseverou a sentença, os artigos 734 e 735 do Código Civil, que, no transporte de pessoas, o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior. No mesmo sentido dispõem os artigos 14 e 20 da Lei 8078/90.

No caso dos autos, inegável o dano, o nexo causal, e conduta culposa em relação à requerida J.F. Garcia.

A transportadora não conseguiu se eximir de sua responsabilidade ao sustentar que o motorista do coletivo tentou desviar de algo que caíra do caminhão que vinha à frente, fato que restou isolado nos autos. Cabia a ela provar qualquer excludente de culpa, o que não ocorreu, devendo ser responsabilizada pelo evento morte da companheira do requerente e de sua filha que estava por nascer.

Inquestionável a dor sofrida pelo autor e o seu direito à indenização correspondente, diante da não exclusão de responsabilidade da transportadora.

Por outro lado, não restou demonstrada a responsabilidade da requerida Sônia pelo ocorrido. Mesmo que tenha atuado como "guia" ou "organizadora da viagem para sacoleiras", não consta nos autos que tenha agido com negligência ou imprudência para caracterizar sua responsabilidade de forma solidária com a empresa de transporte. Mesmo porque, consta nos autos, que viagens como as de finalidade dos autos, já haviam ocorridos por diversas vezes.

Quanto ao valor a ser arbitrado, 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 socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios

Acesso ao Sumário

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, Apelações Cíveis nºs. 389.339.4/0-00, de São José dos Campos, 354.877.4/3-00, de Piracicaba, 364.243.4/9-00, de São Paulo, 405.884.4/0-00, de Santo André, 437.146.4/2-00, de Marília, 416.755.4/8-00, de Itaí/Avaré, 411.604.4/3-00, de Santos, 453.327.4/6-00, de Indaiatuba, 445.268.4/2-00, de São Paulo, todos da 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira.

Neste sentido:

"Apelação - Responsabilidade civil – Indenização - Dano material e moral - Afogamento e morte de filho menor em piscina durante festa de confraternização realizada pela empresa ré - Responsabilidade da ré reconhecida - Ausência de cautelas necessárias diante da existência de piscina no local e a presença de crianças - Inexistente culpa concorrente da mãe da vítima - Indenização por dano material potencial - Possibilidade de mais de um membro da mesma família propor ações indenizatórias - Pensão mensal de 2/3 do salário mínimo desde a época em que a vítima teria 14 anos de idade e completasse 25 anos - Prestações vencidas deverão ser pagas de uma só vez, com juros de mora a partir do evento - Indenização por dano moral devida - Valor fixado em quantia equivalente a 100 (cem) salários mínimos - Constituição de capital - Obrigatoriedade - Súmula 313 do STJ - Recurso provido em parte." (Apelação Cível nº 0010154-22.2007.8.26.0038, Rel. Beretta da Silveira).

No caso dos autos, fixo a indenização a título de danos morais no valor de R$ 81.000,00, correspondente a 100 salários mínimos, com juros de mora desde a citação e correção monetária desde o seu arbitramento.

Quanto ao pedido de alimentos, ainda que a falecida auferisse lucros e contribuísse para as despesas da casa, o fato é que o autor não comprovou ser dependente da mesma, o que acarreta na manutenção de improcedência deste pedido. Ressalto que o filho da falecida, até então menor impúbere, cujo pai não é autor, e vivia com ele e sua companheira, não integra o polo ativo da presente ação.

A constituição do capital possui o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação - no caso ressarcitória - que resulte de ato ilícito, para que a vítima possa efetivamente ser ressarcida do prejuízo sofrido.

Segundo entendimento de Arnaldo Rizzardo em sua obra Responsabilidade Civil, Editora Forense, 2005, pág. 900, ao comentar as formas de efetivar-se a constituição de capital ora examinada:

"(...) A jurisprudência entende como mais viável o depósito bancário e em caderneta de poupança de certa quantia, a render juros e correção monetária. O depósito, procedido em entidade creditícia em caráter oficial, bloqueadas as

Acesso ao Sumário

retiradas, salvo as pensões do credor, atende, em linha de princípio, os reclamos de solvência e garantia. Como, todavia, não é possível um cálculo exato sobre lucros derivados do capital, pela constante variação da pensão, dos juros e da correção, de bom alvitre seja depositado um quantum capaz de ensejar razoável grau de segurança, e cujas retiradas não o consumam, de modo a suportar as naturais alterações salariais e a decadência incessante do valor da nossa moeda. (...)"

Neste sentido, Súmula 313 do STJ: "*Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado*".

Diante da improcedência do pedido de alimentos, desnecessária a constituição de capital pretendida pelo autor.

Mantida a procedência da denunciação à lide, diante do contrato estabelecido entre as partes (item 4, fls. 239).

A fixação dos honorários advocatícios da lide secundária deve ser mantida em seus exatos termos, fls. 511.

Razão ainda assiste ao autor quanto à sucumbência, pois se trata de sucumbência mínima, que não justifica a condenação, devendo as condenadas arcar com as despesas e custas processuais e arbitro os honorários advocatícios do autor em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC).

Dou parcial provimento ao recurso do autor e nego provimento aos recursos das rés.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9176960-71.2008.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é apelante ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE AUTOMÓVEIS LTDA., é apelado MARIA CRISTINA MARQUES CORRÊA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara Extraordinária 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 3.022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), TERCIO PIRES e MELO BUENO.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Bem móvel durável. Veículo novo. Vício do produto. Sentença de parcial procedência. Concessionária que atendeu a usuária em sede das reclamações, eliminando o defeito que o veículo apresentava. Solução satisfatória que não afasta os precedentes dissabores e contratempos por sucessivas entradas do veículo na oficina. Afastamento do pedido de substituição do veículo. Dano moral caracterizado. Dano material afastado. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso de Apelação Cível objetivando a reforma da respeitável sentença que, em Ação de Reparação por Dano Material e Dano Moral, julgou a ação procedente em parte, condenando a ré à devolução de R$ 60,00 à autora, e indenizá-la por danos morais na importância de R$ 5.000,00, atualizada para o momento do pagamento, e juros de mora a partir da citação.

Insurge-se a ré, entendendo que a decisão não poderia condená-la às verbas citadas, por não se haver no contexto dos fatos incidindo em ilícito, sem qualquer responsabilidade para merecer a condenação.

Realça que a prova dos autos é dado intransponível e de que deu os atendimentos de assistência ao veículo como reclamados pela autora, cumpriu com a solução dos defeitos, nada restando de prova no sentido de que faltou com o seu papel em relação aos fatos tratados perante a consumidora.

E que assim, respaldada na própria perícia técnica, diz que não poderia sofrer a condenação de responder pelos danos reclamados pela autora e parcialmente reconhecidos.

Pugna pela improcedência total da ação.

O recurso foi recebido nos seus regulares efeitos.

A autora se manifestou em contrarrazões.

Recurso recebido e processado.

É o relatório.

A autora narra em sua petição inicial que adquiriu, em setembro de 2004, um veículo zero quilômetro, da marca Celta-GM, sendo vendedora a ré.

Alega que logo após a aquisição, o automóvel começou a apresentar defeitos sucessivos, impedindo a fruição regular, provocando idas e vindas, esforço seu na tentativa de solucionar o problema junto à empresa vendedora.

Acesso ao Sumário

Até que entrou com a ação, cansada desse périplo, com prejuízos ao seu cotidiano e por não mais se sentir segura com o veículo comprado, com o propósito de alcançar sua substituição por outro, com fundamento no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

A ação, ao termo da instrução e realização de prova pericial e instrução oral, fora julgada procedente em parte.

A ré, não conformada, se insurge, entendendo que o juízo "a quo" decidiu sem estar respaldado em fundamento e provas para lhe atribuir condenações, das quais discorda.

Assim conhecendo de seu inconformismo, ora devolvido a conhecimento, necessário frisar, muito embora se colha que o seu recurso se concentra em tratativa específica dos defeitos e mesmo que o veículo, nas soluções recomendadas, permaneceu como novo e com suas peças originais, preocupação da recorrente, o fato de fundo assim cuidado por ela, não se pode deixar de ver, volta-se para entender que se conduziu conforme suas obrigações, cumpriu com o atendimento de seu encargo, pelo que não poderia ter sido vencida, ainda que de forma parcial.

Assim, trouxe uma renovação de debate focando pontos que, a rigor, deixaram de ter significado, pois a respeitável sentença é expressiva em seu favor ao entender que o eixo do pleito da autora, de desejar a substituição do veículo, ficara superado, eis que hígido o veículo no seu estado original, pronto ao uso nas condições e fins pelos quais a usuária o comprara.

Enfim e mesmo, de forma nuclear, fixou compreensão de que a apelante atendeu a usuária e resolveu os defeitos, deixando de haver razão para ela desejar a substituição por um outro veículo, na forma do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. E a autora se conformou com a decisão.

Mas há ponto que não se apaga. A usuária, tendo adquirido um veículo 0Km, em período diminuto de tempo, não mais de cinco meses em que teve a sua posse, viu-se, conforme sua prova, obrigada a ingressar na oficina da ré para receber assistência e solução de defeitos que o veículo ia apresentando.

E isto nem mesmo está negado pela ré, mesmo porque as ordens de serviços e notas fiscais estão presentes nos autos.

Assim, a realidade da compra de um veículo zero quilômetro com inúmeros e sucessivos defeitos apresentados, é realidade incontroversa nos autos.

Nesse passo, o Código de Defesa do Consumidor concedeu ao fabricante e ao fornecedor de bens o direito de proceder à solução de vícios capazes de afetar a qualidade do produto, no prazo de 30 dias.

Assim, se lhe cabe a solução dos vícios, dentro do prazo de garantia, não foi o que aconteceu com a autora, que voltou para a oficina credenciada para

Acesso ao Sumário

reparos de novos e diversos problemas por efetivas cinco vezes.

E não se pode dizer que a apelada foi impaciente, para só vir a juízo depois de passados também cinco meses, eis que não se contam distintamente os prazos intermitentes desses vários problemas não solucionados.

Conforme vamos extrair nos ensinamentos de Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (Manual de direito do consumidor, 5ª ed., atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais), o prazo de 30 dias à solução de problema grave em bem essencial, como é o automóvel, não dá à fabricante renovadas oportunidades do conserto e que tenha reserva de se opor à utilização do § 1º do art. 18 do CDC pelo consumidor.

Confira-se a doutrina versada por eles: "No tocante à forma de contagem do prazo de 30 dias, é certo que o fornecedor possui uma única possibilidade de correção do vício. Afronta o princípio de proteção integral do consumidor (art. 6º, VI) entender que, se o vício ressurgir após o conserto, terá o fornecedor a possibilidade de invocar novamente o prazo de 30 dias ou até mesmo os dias eventualmente restantes".

"Se o mesmo vício surgir novamente, o consumidor pode fazer uso das opções indicadas pelos incisos I, II e III do § 1º do art. 18, ou seja, pode exigir a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, tudo sem prejuízo, nas três hipóteses, de eventual indenização por perdas e danos".

"Se for outro vício, há, no mínimo, um indicativo de desvalorização do produto, o que atrai o disposto no § 3º do art. 18, permitindo ao consumidor o uso da tríplice alternativa (substituição do bem, restituição do preço, abatimento proporcional)".

De tal, inconcebível, após a aquisição de um veículo zero quilômetro, o consumidor ficar jungido a voltar inúmeras vezes para efetuar consertos no bem, como inexigível à autora seria permanecer com o veículo convivendo com a incerteza do amanhã e futuro de apresentar outros defeitos de fabricação.

Aqui ela acabou por aceitar a solução dada na r. sentença e não há mais discutir seu direito à substituição do veículo.

Entretanto, quanto ao dano moral, evidente que a autora teve frustrada sua real expectativa de utilização do veículo adquirido zero, com imaginada segurança e inexistência de defeitos, que se lhe revelou o contrário após a compra.

De compreensão elementar, que acontecimentos assim, seriados, extrapolam os limites do mero aborrecimento, importando em transtornos juridicamente relevantes, ofensivos ao patrimônio moral de quem vítima, em especial em sendo forçada a recorrer a guincho e ver veículo assim, novo, sendo rebocado, ferindo-a no seu anseio circunstancial de tê-lo como conforto e

Acesso ao Sumário

solução e não mais problemas.

Irrefutável que a ré, como responsável e garantidora do produto, foi quem deu causa a essa afetação e ficou com o dever de indenizar.

Nesse sentido:

"Indenização - Relação de consumo - Aquisição de veículo 'zero quilômetro' - Vício do produto - Responsabilidade do fornecedor - Dano material devido - Frustração da justa expectativa do consumidor - Dano moral caracterizado - Indenização reduzida - Apelação parcialmente provida". (Apelação nº 0272014-86.2009.8.26.000, E. 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, julgado em 18/10/2010).

"Ação indenizatória. Relação de consumo entre as partes amparada pelo Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova determinada. Aquisição de automóvel zero quilômetro, em concessionária. Quebra do veículo pouco tempo após a compra. Responsabilidade por vício do produto. Art. 18, § 1º, inciso III, do CDC. Deficiência no atendimento evidenciada. Dever de indenizar caracterizado. Dano material comprovado. Dano moral. Transtornos ocasionados que superam meros percalços do cotidiano. 'Quantum' indenizatório. Valor arbitrado em primeiro grau adequado à reparação buscada. Recursos improvidos". (Apelação nº 9233839-06.2005.8.26.000, E. 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 14/09/2010).

A estipulação do *quantum* indenizatório, de outra parte, foi ponderada, atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, suficiente para compensar a parte ofendida e inibir a repetição da conduta danosa, sem importar em seu enriquecimento sem causa, pelo que fique mantida a indenização de R$ 5.000.00.

Observa-se, porém, no que se refere à atualização e juros de mora, rubricas de ordem pública, que devem incidir da data do arbitramento na r. sentença, na forma do enunciado da Súmula nº 362 do E. STJ.

De toda sorte, e por fim, não se vê relação com os fatos os danos materiais em torno do friso, para que responda a concessionária por essa despesa. O fato não tem correlação à garantia de peças e serviços do veículo, pelo que fica afastada.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para afastar os danos materiais, ficando mantida a r. sentença no mais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019131-

Acesso ao Sumário

42.2007.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante CLEUSA CLARO DA COSTA, são apelados CELSO ARRUDA, CENTRO RADIOLÓGICO DE CAMPINAS e VERA CRUZ ASSOCIAÇÃO DE SAÚDE.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. Fará declaração de voto vencedor o 3º Juiz. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.732)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 18 de março de 2014.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Indenização. 01 - Paciente submetida a quadrantectomia no quadrante superior externo da mama direita, em 07/07/95, em razão de carcinoma tubular - Recidiva - Realização de mastectomia da mesma mama em 14/05/07, com achado de carcinoma ductal invasivo, com padrão tubular - Pedido de indenização por danos materiais, com lucros cessantes, bem como danos morais, considerada ainda a teoria da perda de uma chance. 02 - Nexo causal fragilizado com relação aos danos materiais, lucros cessantes e indenização por perda de uma chance - Circunstâncias do caso que inviabilizam responsabilizar os réus por conta da recidiva da autora, decorrente da natureza da própria doença - Demora e mesmo ausência imediata de maior aprofundamento da pesquisa do caso que, embora insuficiente para evitar a eclosão do segundo carcinoma, contribuiu para aumentar a angústia e sofrimento da autora, que já apresentava antecedente de câncer de mama, além de contar com duas tias maternas que já haviam desenvolvido a doença - Hipótese que configura, na verdade, defeito na prestação de serviços, que, no caso, é passível de indenização apenas por danos morais - Responsabilidade solidária do médico, por negligência, reconhecida a responsabilidade objetiva do Plano de Saúde em razão da relação de consumo - Incidência do CDC na espécie - Indenização que deve

Acesso ao Sumário

ser arbitrada com modicidade, considerando apenas a má prestação dos serviços - Arbitramento em R$ 30.000,00, com atualização monetária pela Tabela Prática do Tribunal a partir do acórdão e juros de mora contados da citação (relação contratual). 03 - Ausência de conduta lesiva por parte do Centro Radiológico Campinas ou de vícios na prestação de seus serviços - Interpretação dos laudos que compete ao profissional que solicitou a realização dos exames. Decisão modificada em parte. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 739/744, cujo relatório adoto, proferida pelo magistrado Alexandre Dalberto Barbosa, julgou improcedente a ação de indenização proposta por Cleusa Claro da Costa contra Celso Arruda, Centro Radiológico de Campinas e Plano de Saúde Vera Cruz Associação de Saúde.

Apela a requerente (fls. 752/775) pugnando pela reforma da decisão. Em resumo, faz um retrospecto dos fatos envolvendo cirurgia a que foi submetida para extração de parte da mama direita por conta de um tumor cancerígeno, com todas as intercorrências envolvendo exames no período de radio e quimioterapia, submetendo-se a plástica reparadora, até que descoberta recidiva da moléstia em referida mama, com necessidade de mastectomia. Imputa culpa ao médico (primeiro réu), invocando a responsabilidade objetiva das demais corrés. Com o provimento do recurso pretende a procedência da ação nos termos da inicial, com a responsabilização dos réus por negligência médica e condenação solidária em danos materiais, morais, além da perda de uma chance, além de imposição das verbas de sucumbência.

Recurso preparado,

Recurso tempestivo, devidamente preparado, recebido e processado em ambos os efeitos (fls. 776/777 e 779).

Contrarrazões de apelação de Celso Arruda (fls. 781/786) e por parte do Centro Radiológico e da Associação de Saúde a fls. 788/795, a fls. pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Preservado o entendimento monocrático, a r. decisão recorrida merece parcial modificação.

A autora foi submetida, em 07/07/1995, a uma cirurgia denominada quadrantecetomia no quadrante superior externo da mama direita, para retirada de um nódulo classificado como carcinoma tubular, realizada pelo coapelado

Acesso ao Sumário

Celso Arruda.

A partir de então passou a fazer tratamento quimioterápico no período de agosto de 1995 a janeiro de 2000. Passados cinco (05) anos, o médico afirmou que aquele câncer era considerado curado pela medicina. Entretanto, em 21 de setembro de 2000, um novo exame de ultrassonografia realizado no Centro Radiológico de Campinas, detectou mais um nódulo na mama direita (operada), com sugestão de controle evolutivo, a critério clínico.

Seguiram-se novos exames em 06/11/03, 04/03/2005, 01/09/2006 e 26/03/2007 (fls. 69, 72, 89 e 90), com referência a BI-RADS na categoria III, que indica achados mamográficos provavelmente benignos. Contudo, em menos de um mês, o resultado de uma 'ultrassonografia+ressonância' magnética mamária com contraste, requisitada por cirurgião plástico em 30/03/2007, realizada na Clínica Radiológica ré em 13/04/2007, apontava "Deformidade cicatricial e recidiva na mama direita. BI-RADS V." - (Doc. 20 - fls. 95). - (Vide "Classificação Bi-Rads para laudos de mamografia", em trabalho juntado pelos assistentes técnicos do réu Celso - fls. 655).

Em consequência da recidiva realizou-se a mastectomia da mama direita da autora em 14/05/2007, com achado de carcinoma ductal invasivo, com padrão tubular (Biopsia de 16/04/2007 - doc. 21).

A autora imputou culpa ao corréu Celso por atraso no diagnóstico do novo câncer de mama, deixando de proceder ao aprofundamento do caso, apesar dos resultados dos exames radiológicos, inclusive com sugestão de realizar ultrassonografia e classificação do BI-RADS na categoria III. Ainda de acordo com a autora apelante, a Clínica Radiológica prestou serviços de forma defeituosa e a Associação de Saúde também responde objetivamente em razão da relação de consumo estabelecida.

Pretende a condenação solidária dos réus ao: **a-** pagamento de danos materiais, incluindo lucros cessantes decorrentes de despesas com empreendimento comercial e sua relação empresária, da ordem de R$ 152.054,52, já ocorridos; **b-** R$ 23.122,20 com despesas com o medicamento *arimidex* pelos próximos cinco anos; Total destes danos = R$ 175.176,72; **c**- Danos morais que deverão ser arbitrados em R$ 500.000,00; **d**- indenização pela perda de uma chance, devendo obedecer ao limite percentual de chances perdidas, conforme as estatísticas médicas acatadas.

Feitas estas considerações, necessário ressaltar, de plano, que resta fragilizado o nexo de causalidade com relação aos danos materiais, lucros cessantes e indenização por perda de uma chance (itens "a", "b" e "d" supra).

Com efeito, no que diz respeito às despesas médicas e hospitalares realizadas em hospital e com profissionais não credenciados da Associação de Saúde ré, inviável imputar estes valores aos réus, em especial à Associação.

Acesso ao Sumário

Pondere-se que a autora era beneficiária da Associação de Saúde, por conta de quem sempre realizou seus tratamentos de natureza médico-hospitalar, inclusive realizando a primeira cirurgia (quadrantecetomia). Ademais, como colocado na contestação desta corré: ***"... muito embora o Dr. Luís Salvador Petrilli, médico oncologista, estivesse fora do país realizando cursos de aperfeiçoamento na área em que atua, a Dra. Nancy Mineko Koseki, CRM 24.796, que inclusive é da equipe do Dr. Petrilli, atendeu os pacientes no período em que o mesmo não se encontrava na clínica, não havendo motivo algum para iniciar o procedimento em local não conveniado. Não haveria de ser diferente já que outros pacientes necessitam deste tratamento e não poderiam deixar de realizar as sessões de quimioterapia caso o Dr. Petrilli não estivesse em condições de atende-los!"*** - (fls. 485/486).

Neste sentido, também possível a consulta à relação de beneficiários juntada pela contestante, mencionando-se, inclusive, ter a apelante sido atendida pela Dra. Nancy em Agosto/2007 (fls. 494).

Portanto, de rigor reconhecer que a autora foi procurar outro hospital e outros profissionais médicos por sua conta e risco, pelo que deverá arcar com os respectivos custos.

Não há que se falar em lucros cessantes por conta de despesas com empreendimento comercial inexplorado em razão da doença (em recidiva), segunda cirurgia e tratamentos a que se submeteu a paciente. É lamentável dizer, mas, em razão da recidiva da moléstia, os acontecimentos seriam mesmo inevitáveis.

Não houve demonstração de solicitação do medicamento *arimidex* ao Plano de Saúde réu e, o mais importante, não se demonstrou eventual negativa de cobertura da medicação pelo Plano, razão pela qual não se pode pleitear, pelas razões expendidas, indenização a este título.

Outrossim, a hipótese não comporta a aplicação da teoria da perda de uma chance, da doutrina francesa (*perte d'une chance*). Nas lições de Sergio Cavalieri Filho, citando Caio Mário (Responsabilidade Civil, 9, ed., Forense, p,. 42): ***"O direito pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que 'a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo'"*** - (Programa de Responsabilidade Civil, 7ª Edição, Atlas/2007, p. 75).

E continua o mestre:

"A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser da chance, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não dos ganhos perdidos. Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de

Acesso ao Sumário

sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida." (Obra citada, p. 75).

No caso dos autos, infelizmente a autora foi vítima de recidiva tardia de doença grave (câncer na mesma mama operada), possível de ocorrer conforme previsto pelos protocolos médicos (Laudo Pericial - respostas aos Quesitos 32 e 33 do réu - fls. 627). Vide também a respeito o depoimento do médico Luís Salvador Petrilli (fls. 711/712).

No particular, o Perito Judicial foi taxativo ao responder ao Quesito de nº 60 do réu Celso: Diante do quadro clínico apresentado pela autora, qual seria a espécie de tratamento indicado? Ou melhor, diante de um novo tumor ou recidiva numa mama previamente operada por neoplasia maligna, qual é a conduta médica indicada? RESPOSTA: "A mastectomia, sem dúvida." (Vide fls. 622 e 631).

Quesito 70: Se o novo diagnóstico do câncer da autora pudesse ter sido feito anteriormente, teria evitado a doença? Teria evitado que a autora se submetesse à cirurgia? RESPOSTA: Não (Vide fls. 623 e 632).

Quesito nº 71: Qual é a técnica cirúrgica para o câncer recidivo? É a mesma técnica utilizada para um novo câncer? RESPOSTA: *A observação da recidiva do câncer mamário ou a detecção de novo tipo histológico de câncer implica realização de mastectomia total*, seguida de quimioterapia. Em alguns casos, podemos incluir a radioterapia com as devidas cautelas." - (Laudo - fls. 623 e 632 - grifei).

Quesito 73: Na hipótese de a mamografia realizada em 26.03.2007 ter constatado a existência do carcinoma, o tratamento e o método cirúrgico seriam diferentes aos adotados pelos médicos que a acompanham atualmente? RESPOSTA: Na opinião do perito, o tratamento cirúrgico adotado foi o indicado - mastectomia total. - (Laudo - fls. 623 e 632).

Portanto, no caso da autora, lamentavelmente houve recidiva da doença na mesma mama direita, com necessidade efetiva de mastectomia total. Inviável responsabilizar os réus por conta do resultado final da mastectomia.

Pelas mesmas razões, não há que se falar em eventual encurtamento de sobrevida da paciente, uma vez que se adentra no campo do denominado dano eventual e não indenizável. Importante é que a autora foi operada do segundo câncer, com êxito.

Desta forma, fragilizado também o nexo causal com relação aos danos materiais, lucros cessantes e indenização por perda de uma chance.

Por todas estas razões, as circunstâncias do caso concreto inviabilizam responsabilizar os réus por conta da recidiva da autora, posto que decorrente da natureza da própria doença.

Acesso ao Sumário

Após minudente exame dos autos, forçoso convir que as peculiaridades dos autos não autorizam a responsabilização dos réus por conta do resultado final da mastectomia e/ou pelo tratamento dispensado à autora.

Assim sendo, o que se pode extrair dos autos, com segurança, é que a alegada demora e mesmo ausência imediata de maior aprofundamento da pesquisa do caso da autora, embora insuficiente para evitar a eclosão do segundo carcinoma, contribuiu apenas para aumentar a angústia e sofrimento da apelante naquele momento difícil por que passava. Ressalte-se que a autora já apresentava antecedente de câncer de mama, além de contar com duas tias maternas que haviam desenvolvido a doença.

Tem-se, pois, como caracterizada a ocorrência de defeito na prestação de serviços, decorrentes dessa demora na solução do problema de saúde da autora que, sempre ansiosa, procurava o primeiro réu para esclarecimentos a respeito de seu estado de saúde.

Exclusivamente por conta desta situação peculiar, cabível a indenização em favor da autora apenas por danos morais.

E, no caso concreto, cuida-se, de episódio que ultrapassou a barreira do mero desconforto, traduzindo-se em ofensa à intimidade psíquica da autora. Nas lições de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, ***"no momento atual, doutrina e jurisprudência dominante têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualize cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima, trazendo-lhe emoções negativas"*** (Danos à Pessoa Humana, Editora Renovar, página 156).

Em consequência, no caso concreto, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária do médico, por negligência, reconhecida a responsabilidade objetiva do Plano de Saúde em razão da relação de consumo, incidente as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando uma vez mais as peculiaridades do caso, a indenização deve ser arbitrada com modicidade, levando-se em conta, além das condições das partes, apenas a má prestação dos serviços. Assim, justo e razoável fixar a indenização por danos morais em favor da autora, devida solidariamente pelos réus Celso Arruda e Plano de Saúde Vera Cruz Associação de Saúde, no patamar de trinta mil reais (R$ 30.000,00), com atualização monetária pela Tabela Prática do Tribunal a partir do acórdão e juros de mora contados da citação (relação contratual).

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, deve ser reconhecida a ausência de conduta lesiva por parte do Centro Radiológico Campinas ou de vícios na prestação de seus serviços, mantida nesta parte e, por estes fundamentos, a r. decisão recorrida.

Cediço que a interpretação dos laudos compete ao profissional que solicitou a realização dos exames.

Ademais, não se demonstrou a ocorrência de erro técnico nos laudos elaborados. A propósito das divergências na classificação do BI-RADS III e V, em curto período de tempo, esclareceu o médico Carlos Alberto Scatolin: ***"A imagem é interpretativa e os exames foram feitos por equipamentos e profissionais diferentes, e isso pode ter gerado a mudança de classificação da birradis 3 para 5".*** - (fls. 694).

Pondere-se, outrossim, que a referência ao BI-RADS V, de certa forma, acabou por motivar o pronto atendimento e cirurgia da autora.

Em consequência, o apelo merece prosperar, em parte, para condenar solidariamente os corréus Celso Arruda e Plano de Saúde Vera Cruz Associação de Saúde ao pagamento dos danos morais em favor da autora, na forma supra. Em razão da sucumbência, arcarão os réus com as custas e despesas do processo, bem como honorários advocatícios ao patrono da autora, fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

No mais, pelos fundamentos constantes desta decisão, mantém-se a improcedência da ação com relação ao Centro Radiológico Campinas, respondendo a autora pelas custas e despesas do processo relativamente a este réu, bem como pelos honorários advocatícios de seu patrono, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, na forma e para os fins acima.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 2715)

Trata-se de apelação da autora, visando à reforma da sentença, que julgou improcedentes os pedidos por ela formulados na inicial (fls. 739/742), na qual pleiteava danos morais e materiais decorrentes de erro médico.

Declaro voto apenas para convergir com o E. Desembargador Relator no sentido do parcial provimento do apelo, para condenar os réus Celso Arruda e Plano de Saúde Vera Cruz Associação de Saúde ao pagamento de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais, decorrentes da demora no diagnóstico e solução do problema de saúde da autora.

Com efeito, a r. sentença apelada há de ser reformada nesse sentido.

De fato, a autora, em 07.07.1995, se submetera, sob responsabilidade do demandado Celso Arruda, a uma cirurgia de mastectomia parcial da mama direita e, com esse mesmo profissional, vinha realizando o acompanhamento médico.

Em setembro de 2006, a autora, com a orientação do demandado, realizou exame de mamografia que resultou no diagnóstico expresso pelo índice "BI-RADS, categoria 3"[1], constando expressamente do laudo laboratorial a recomendação de conduta no sentido da realização de "avaliação complementar com exame ultra-sonográfico" (fl. 89).

Ressalte-se que o exame de ultrassonografia não foi realizado a despeito da recomendação referida, do histórico da paciente e de que - segundo consta dos autos (fl. 624) - a autora já apresentava inversão de mamilo, um dos sintomas da existência de câncer, segundo o *site* do conceituado Hospital A. C. Camargo, de São Paulo.[2]

Não obstante esse fato, apenas em 26.03.2007, a autora realizou nova mamografia, também por encaminhamento do médico demandado, com nova indicação de "BI-RADS, categoria 3".

Esse exame veio a ser desconfirmado por exame de ultrassonografia e ressonância magnética, realizado em outro centro de diagnóstico poucos dias depois, em 04.04.2007, no qual foi constatado o índice "BIRADS V" (fl. 95), em atendimento à requisição do médico Carlos Alberto Scatolin (fl. 15).

Assim, inevitável deixar de concluir com o E. Desembargador Relator, no sentido de que houve defeito na prestação de serviços por parte do demandado Celso Arruda.

Tal defeito não foi causa eficiente do posterior tratamento a que teve de se submeter a autora (mastectomia total da mama direita, em 14.05.2007), estando correta, nesse sentido, a improcedência de danos materiais. Submeteu a paciente, todavia, a desnecessário risco, estresse e ansiedade, suficientes à caracterização do dano moral.

Deve desse modo, o médico demandado deve responder por danos morais, pelos quais responde, também, o Plano de Saúde, como definido no voto condutor.

Por todas essas razões, meu voto acompanha aquele do E. Desembargador Relator, para **dar parcial provimento** ao apelo da autora, condenando os demandados Celso Arruda e Plano de Saúde Vera Cruz Associação de Saúde, solidariamente, em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais. A atualização do débito, a aplicação de juros e a distribuição dos encargos da sucumbência seguem o expresso naquele voto.

1 *Breast Imaging Reporting and Data System*, segundo padrão do "Colégio Americano de Radiologia" (fl. 630).

2 Cf. http://www.accamargo.org.br/tudo-sobre-o-cancer/mama/27/

Acesso ao Sumário

CARLOS ALBERTO DE SALLES, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043287-44.1999.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO, é apelado MARIA RAIMUNDA INÁCIO LOPES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido e deram provimento em parte ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e RUI CASCALDI.

São Paulo, 25 de março de 2014.

PAULO EDUARDO RAZUK, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Agravo retido não prospera - Não tinha cabimento a realização de nova perícia - A prova foi realizada no IMESC, instituto oficial de reputação idônea, nada havendo de objetivo para infirmar a conclusão do laudo pericial, que justificasse a realização de novo exame - No mérito, a indenização por erro médico pressupõe a comprovação, por parte da autora, da culpa do profissional e do nexo causal entre o procedimento médico e o dano experimentado pelo paciente - Médico contrata obrigação de meio e não de resultado - Laudo pericial conclusivo no sentido de que a paciente não apresentava qualquer sintomatologia/complicação, pré ou pós operatória, de cunho vascular, que justificasse a indicação do procedimento por complicações circulatórias - Tratamento cirúrgico não indicado em razão do elevado risco de sequela - Referida cirurgia originou a seguinte sequela à autora - Lesão de tronco inferior de plexo braquial direito, síndrome do túnel do carpo e limitação álgica com discreta hipotrofia muscular

Acesso ao Sumário

- Incapacidade parcial e definitiva - *Quantum* indenizatório a título de danos morais fixado na sentença recorrida em R$ 120.000,00 reduzido para R$ 70.000,00, com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Juros moratórios a partir do evento danoso (27.01.97) (súmula 54 do STJ) e correção monetária a partir da publicação da sentença que fixou a indenização - Danos materiais, por falta de impugnação específica, mantidos conforme a sentença recorrida - Danos emergentes e lucros cessantes necessitam ser demonstrados objetivamente, sob pena de restarem excluídos da condenação - Danos materiais não comprovados pela autora - Ação de reparação de danos procedente em parte - Agravo retido improvido e apelo provido em parte.

VOTO

A sentença de fls. 654/656, cujo relatório é adotado, julgou procedente em parte ação ordinária de indenização por danos moral e material, fundada em alegado erro médico.

Apela a ré, arguindo nulidade do laudo pericial e no mérito sustentando a improcedência do pedido, ao argumento de que as indicações cirúrgicas foram precisas e a tática e a técnica cirúrgica foram corretas, inexistindo nexo causal com os danos alegados pela autora.

O apelo foi recebido e preparado, sem que houvesse contrariedade.

Agravo retido de fls. 608/627 reiterado pela ré Santa Casa de Misericórdia nas razões recursais.

É o relatório.

De início, concedo à apelante os benefícios da assistência judiciária.

A apelante faz jus ao benefício da assistência judiciária, pois é instituição filantrópica, sem fins lucrativos, presta serviços de utilidade pública e passa por delicada situação financeira.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/50.1. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente de prova, por que a presunção é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. Cabe à parte contrária provar a inexistência de miserabilidade jurídica, até

porque a concessão do benefício não é definitiva, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 1.060/50. 2. Já as pessoas jurídicas com fins lucrativos somente fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita se comprovarem a dificuldade financeira, porque a presunção, nesse caso, é a de que podem arcar com as custas e honorários do processo. 3. Na hipótese, a Corte de origem firmou a premissa de que o recorrido é entidade sem fins lucrativos em virtude das "Certidões de Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal" que fez acostar aos autos. 5. Recurso especial improvido." (Resp. 867644/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 07.11.06).

O agravo retido reiterado nas razões recursais não prospera, visto que não tinha cabimento a realização de nova perícia.

A prova foi realizada no IMESC, instituto oficial de reputação idônea, nada havendo de objetivo para infirmar a conclusão do laudo pericial, que justificasse a realização de novo exame.

Quanto ao mérito, também não prospera o apelo.

Narra a petição inicial que a apelada foi diagnosticada como portadora de um par a mais de costelas cervicais, o que lhe acarretava problemas no membro superior esquerdo. Em busca da solução médica ao problema dirigiu-se à apelante, tendo sido submetida a exames que confirmaram o diagnóstico, com a indicação de intervenções cirúrgicas para remoção da 13ª costela cervical esquerda e outra da direita, realizadas, respectivamente, em 1996 e 1997. Afirma que, após a extração das costelas, surgiram sequelas no braço - perda de quase toda a função motora - e paralisia no braço direito, além de fortes dores. Atribui a responsabilidade do evento lesivo, consubstanciado na perda das funções motoras, redução da capacidade laborativa, insuportável dor física, constrangimento e aflições, merecendo a devida compensação por danos materiais, morais e estéticos no valor de R$ 1.000.000,00.

O hospital apelante, por sua vez, aduz que não houve qualquer culpa no atendimento à apelada. Argumenta que todos os procedimentos usuais foram realizados, não tendo sido demonstrado o dano, o nexo causal e a sua culpa, o que descaracteriza o pleito indenizatório.

A reparação de danos decorrente de erro médico pressupõe a comprovação por parte do autor da culpa do profissional e do nexo causal entre o procedimento médico e o dano experimentado pelo paciente, porquanto o médico contrata uma obrigação de meio e não de resultado.

O laudo pericial do IMESC, consubstanciado em perícia neurológica, ortopédica e em especial a da cirurgia vascular, no qual foi conclusivo ao afirmar que:

"A costela cervical é uma costela supranumerária (13ª costela) na região

Acesso ao Sumário

supraclavicular. Pode ser rudimentar ou completa, unilateral ou bilateral. Consideração que 10% da população apresenta alguma destas formas. Destes 10% da população apenas 10% vão apresentar sintomalogia (compressão neurológica e/ou vascular). Destes pacientes sintomáticos, o tratamento clínico com miorelaxantes e fisioterapia deve ser o de escolha inicial e preceder qualquer tratamento cirúrgico. O tratamento cirúrgico será indicado para aproximadamente 15% destes pacientes. A retirada da costela cervical está intimamente relacionada com sequelas neurológicas, pois existe uma íntima relação do plexo braquial com a costela e a lesão de nervos durante a cirurgia nem sempre pode ser evitada. A cicatrização leva a bandas de fibrose no local de onde foi retirada a costela que podem gerar, igualmente, compressão nervosa. Como se vê, os sintomas neurológicos tendem a persistir após a cirurgia. Sob o enfoque vascular, a indicação de tratamento cirúrgico se dá quando há compressão da referida costela na artéria subclávia. Tal quadro gera lesão da parede arterial cronicamente e esta lesão gera microembolizações para as artérias do braço e mão. Se não tratada pode levar a trombose da artéria subclávia e perda do membro. Desta forma, mesmo que haja sequela neurológica do procedimento, justifica-se pelo benefício de preservação do membro. Quanto à indicação da cirurgia por compressão neurológica pura, sem comprometimento vascular, como no caso em questão, cabe ao perito neurologista discutir. ***Trata-se de paciente que não apresentava qualquer sintomatologia/complicação, pré ou pós operatória, de cunho vascular, que justificasse a indicação do procedimento por complicações circulatórias."***

Ressalte-se que nem a perícia neurológica e nem a ortopédica refutaram tal conclusão.

Nada há nos autos, com efeito, a afastar a conclusão de que, no caso dos autos, o tratamento cirúrgico aplicado não era indicado, ou seja, de que não havia necessidade da retirada da costela cervical, dada as possíveis sequelas neurológicas, nem a indicar que a apelada houvesse sido alertada dos riscos em testilha.

O termo de responsabilidade de fls. 112 não se presta a tal finalidade.

Assim, extrai-se do conjunto probatório dos autos o nexo causal entre a conduta dos prepostos da apelante e as sequelas daí advindas à apelada - lesão de tronco inferior de plexo braquial direito e síndrome do túnel do carpo (fls. 474) e limitação álgica com discreta hipotrofia muscular (fls. 482) - levando à incapacidade parcial e definitiva.

Passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

No tocante aos danos morais, a Constituição Federal em seu primeiro artigo, inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de

Acesso ao Sumário

direito subjetivo constitucional à dignidade, a qual deu ao dano moral uma nova feição diante do fator de ser ela a essência de todos os direitos personalíssimos - honra, imagem, nome, intimidade, dentre outros.

O dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade e foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição Federal inseriu, em seu artigo 5º, incisos V e X, plena reparação do dano moral, conforme também vem referido na súmula 37 do STJ.

No caso dos autos, é inegável a ocorrência do dano moral à apelada, que vem configurado pelos transtornos, sofrimento, angústia, abalo psicológico, dores intensas, dentre outros, o que merece a devida compensação.

A indenização, por sua vez, deve ser fixada de maneira equitativa e moderada, observando as peculiaridades de cada caso, para que não se tenha a dor como instrumento de captação de vantagem.

Assim sendo, mostra-se razoável e consentâneo com o dano produzido a redução da verba indenizatória, a título de danos morais, antes fixada em R$ 120.000,00 para R$ 70.000,00 (setenta mil reais), com incidência de juros moratórios a partir do evento danoso (27.01.97) (súmula 54 do STJ), à razão de 6% ao ano até a vigência do novo Código Civil e, daí em diante, de 12% ao ano, bem como correção monetária a partir da publicação da sentença que fixou a indenização, pois a correção não pode retroagir a data anterior àquela em que foi determinado o valor da condenação (súmula 43 do STJ).

Os danos materiais dividem-se em danos emergentes, que consistem em um prejuízo real sofrido pelo credor, e lucros cessantes, que têm relação com um ganho que o credor deixou de auferir. Ambos necessitam ser demonstrados objetivamente, sob pena de restarem excluídos da condenação.

Quanto à indenização por danos emergentes e lucros cessantes, devem ser julgados improcedentes os pedidos, diante da total falta de efetiva comprovação dos alegados prejuízos, que não podem ser admitidos por presunção.

A carteira de trabalho não é suficiente para demonstrar os lucros cessantes, pois mostra apenas a admissão da apelada. A falta de indicação de que tenha havido demissão não leva à relação de que a apelada deixara de auferir rendimentos em decorrência do evento danoso.

Diante da sucumbência recíproca, cada um dos litigantes arcará com metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios devidos aos respectivos patronos, observado o art. 12 da Lei nº 1.060/50 em relação às partes, por serem beneficiárias da justiça gratuita.

Posto isso, nego provimento ao agravo retido e dou provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0176243-38.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIVO S/A, é apelado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em 3ª 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 2050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 25 de março de 2014.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: COMINATÓRIA. PUBLICIDADE ENGANOSA. PROPOSITURA POR EMPRESA CONCORRENTE. CAMPANHA DE PROMOÇÃO NO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL. PRÁTICA ANTICOMPETITIVA. PROCEDÊNCIA MANTIDA PARA OBRIGAR À VEICULAÇÃO EFICAZ DA INFORMAÇÃO CONTENDO AS CONDIÇÕES DA PROMOÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA FIXADA PELA SENTENÇA. Insurgência contra sentença de parcial procedência que compeliu a empresa ré à abstenção da utilização do slogan "apenas 0,03 o minuto", além de incluir informações relevantes. Reforma, em parte, por conta da possibilidade da manutenção do slogan. Tarifa realmente reduzida, não obstante a complexidade do cálculo matemático. Manutenção, todavia, da condenação ao esclarecimento mais detalhado das condições da promoção ao consumidor no anúncio publicitário, com maior destaque. Dever de informar. Prevalecimento, em sessão de julgamento, do provimento do apelo, também, para reduzir a multa cominatória fixada pela sentença. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 379/381, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, que julgou parcialmente procedente a ação cominatória, para determinar que a ré exclua o termo "apenas 0,03 o minuto" ou qualquer de suas variantes, além de incluir as informações constantes nos itens "a", "b", "d", "e" e "f" de forma clara e visível, facilitando a informação ao consumidor, sob pena de multa diária de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) até o teto de R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais).

Diante da sucumbência quase integral, fica a ré - ainda - condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais).

Pleiteia o apelante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que cumpriu todas as recomendações do CONAR (fls. 133 e 290/324); que o pedido da Tim excede, em muito, a recomendação do CONAR; que a publicidade veiculada pela Vivo contém todas as informações essenciais ao esclarecimento do consumidor; que não há que se falar em publicidade enganosa; que - dos itens determinados pela r. sentença - dois deles sempre constaram dos anúncios publicitários (aplicabilidade da promoção apenas aos clientes do plano "Toda Hora" e consumo do bônus limitado a R$ 35,00 por dia); que a Tim pretende apenas criticar a publicidade da promoção da Vivo por inconformismo com o sucesso da promoção; que o item "f" é inexequível porque, além de não ter sido previsto no regulamento, é contraditório com relação ao item "d", já que os bônus devem ser utilizados em 30 dias; que o regulamento, na verdade, prevê a perda do cadastro caso não seja refeita a recarga mensal; que o item "b" não é informação essencial; que não é razoável, nem factível que um anúncio publicitário contenha todas as condições; que os detalhes da promoção são especificados no regulamento; e, finalmente, que a autora deturpou a verdade dos fatos e age de forma totalmente contrária em relação à sua própria publicidade, ao omitir informações essenciais, devendo ser condenada por litigância de má-fé.

Acesso ao Sumário

Apresentadas as contrarrazões (fls. 432/445), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação ajuizada por Tim Celular S/A em face de Vivo S/A, em que pretende condená-la a abster-se de divulgação supostamente enganosa na campanha publicitária "Recarregue e ganhe na hora", iniciada em março de 2010, em que anuncia tarifas de "apenas R$ 0,03 o minuto", com diversas omissões, induzindo o consumidor a erro.

Contra a parcial procedência dos pedidos, insurge-se a requerida nesta

sede.

Com efeito, verifica-se que a apelante - ao lançar a campanha "Recarregue e ganhe na hora" sob o slogan "apenas 0,03 o minuto", em dezembro de 2009 - omitiu informações essenciais a respeito das condições necessárias a serem cumpridas pelos consumidores para usufruir da promoção.

Tanto é assim que o CONAR, o órgão responsável pela fiscalização das peças publicitárias, não apenas reconheceu a insuficiência de informações essenciais, como – por três vezes - instou a apelante a alterar a campanha, nos seguintes termos:

> Fls. 93: *"Desta forma, a campanha deverá ser alterada quanto à "tarifa de R$ 0,03 por minuto" (onde constar) por falta de comprovação e, também deverão alteradas para nelas constar de forma legível as restrições impostas ao interessado conforme consta do regulamento".*
>
> Fls. 127: *"O anunciante deve promover alteração nas peças da referida campanha para nela incorporar o que precisa fazer para obter a vantagem da tarifa de R$ 0,03 por minuto, foco principal da referida campanha".*
>
> Fls. 133/134: *"De tudo o que foi esclarecido pelo anunciante tanto no anúncio em questão como nas etapas deste processo fica claro que para o interessado obter a vantagem apregoada - R$ 0,03 por minuto - só será possível se três condições forem atendidas: inscrever-se na promoção "Recarregue e ganhe na hora", investir R$ 12,00, inscrever-se no "Plano Toda Hora" e obediência ao limite de R$ 35,00 por dia.*
>
> *Desta forma, a alteração mencionada pelo anunciante na petição de 27 do corrente - ou seja, "Promoção válida apenas para Plano Toda Hora com bônus limitado a R$ 35 por dia" - não contempla as condições impostas pelo anunciante para que o interessado obtenha a vantagem apregoada de R$ 0,03 por minuto".*

Diante da insistência da empresa em descumprir as orientações supramencionadas, a empresa de telefonia móvel concorrente Tim Celular S/A ajuizou a presente demanda, objetivando a condenação da ré a abster-se de veicular, nos anúncios, o slogan "apenas 0,03 o minuto", além de impor-lhe a inclusão das seguintes informações: a) que a promoção só é aplicável aos consumidores do Plano "Vivo a toda Hora"; b) que os bônus só podem ser utilizados em ligações em longa distância e para outras operadoras; c) que é cobrada taxa de adesão; d) que os bônus devem ser utilizados no prazo máximo de 30 dias; e) que o consumo do bônus é limitado a R$ 35,00 por dia; e f) que o consumidor deverá fazer no mínimo uma recarga mensal, sob pena de cancelamento.

De início, é importante asseverar que nunca houve recomendação por parte do CONAR quanto à exclusão do slogan supramencionado. O órgão

Acesso ao Sumário

fiscalizador exige, apenas, que sejam explicitadas as condições necessárias a ensejar a tarifa reduzida.

Nesse tocante, portanto, entende este relator que a r. sentença deva ser modificada. Em momento algum, houve questionamento quanto à veracidade da tarifa de 0,03 por minuto. O fato do valor reduzido da tarifa decorrer de cálculo matemático de razoável complexidade ou de abranger pequeno número de clientes não lhe macula a existência, a veracidade e a validade.

E em se verificando tamanha redução do valor, é óbvio que a publicidade a teria como mote principal, de forma a chamar a atenção dos consumidores. Nada há de ilegal nesse tocante. É importante asseverar, apenas, que referida tarifa somente se dá diante do cumprimento de diversos requisitos. E esses requisitos devem ser esclarecidos - de forma clara - na mesma peça publicitária, sob pena de confundir e induzir o consumidor a erro.

O Código de Defesa do Consumidor inaugurou, na sistemática legal vigente, o exame da "qualidade" da vontade manifestada pelo consumidor. Essa qualidade depende das informações a respeito dos produtos e serviços que lhes são disponibilizadas pelo fornecedor através de diversos meios, inclusive pela publicidade, que é o caso em exame.

Nesse sentido:

> *"Segundo o art. 31 do CDC, o fornecedor deve cuidar para que sua oferta, assim como a apresentação de seu produto ou o nome de seu serviço,* ***assegure ao consumidor informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características principais do produto****" (...) "No sistema do CDC, os instrumentos usados para informar o consumidor sobre determinadas características ou qualidades do bem podem ser tanto embalagem e apresentação do produto, como aqueles que hoje fazem parte da oferta, os impressos e mesmo* ***a publicidade****, veiculada pelo fornecedor-comerciante ou pelo fabricante do produto".* (*in* MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIM, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2006).

No caso, as informações constantes na campanha veiculada pela apelante - mesmo após as alterações apresentadas perante o CONAR - são evidentemente insuficientes.

É certo que as peças publicitárias de fls. 131 e 132 contém informações acerca da necessidade de inscrição no Plano "Toda Hora" e da limitação mensal da utilização do bônus a R$ 35,00, assim como informações sobre o cálculo matemático para se alcançar o valor da tarifa (0,03 por minuto).

Ocorre, todavia, que - como bem asseverado pelo douto sentenciante - ***"lhes foi dado tão pífio destaque que é como se não existissem"*** (fl. 380).

E continua:

Acesso ao Sumário

"Observando os anúncios pertencentes ao bojo probatório, fica claro que as informações inclusas nas peças publicitárias divulgadas pela ré causam imensa confusão ao consumidor.

Enquanto se dá enorme destaque ao valor reduzido da tarifa, em tese, 'reduzida', é cedida pouca prioridade à divulgação das condições de aquisição, utilização e limitação, referentes ao benefício.

Em uma primeira análise sem maior rigor, e com o auxílio de equipamento de ampliação ótica como uma lupa, facilmente o consumidor será levado a crer que o valor de tarifa anunciado é irrestrito a qualquer cliente e a qualquer caso".

Nesse diapasão, em se tratando de informações essenciais - em razão da própria especificidade da promoção veiculada pela apelante - é de rigor a manutenção da r. sentença no que tange à necessidade da inclusão **eficaz** das informações referentes aos itens "a", "b", "d", "e" e "f", salientando-se que - no tocante ao item 'f' - como reconhecido pela própria apelante[1], a inexistência de recarga mensal implica a perda do cadastro **na promoção.**

Não se alegue, ainda, que inexiste pedido nesse sentido. Houve mera confusão de palavras, o que é - inclusive - justificável, diante da complexidade da promoção. O pedido da ação cominatória é de clareza hialina: esclarecimento quanto às condições impostas aos consumidores para se ter direito à tarifa de 0,03 o minuto.

De igual maneira, não deve ser acolhido o pedido de condenação da autora às penas por litigância de má-fé porquanto ausente qualquer das hipóteses ensejadoras do art. 17 do CPC, salientando - ainda - que as campanhas publicitárias por ela desenvolvidas não são objeto da presente ação.

Por fim, prevaleceu em sessão de julgamento, por unanimidade, o entendimento do Desembargador Beretta da Silveira no sentido de dar provimento ao apelo, também, para reduzir o valor da multa cominatória, fixando-a em 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, até o teto de 600.000,00 (seiscentos mil reais). Justifica-se a reforma do julgado, pois, mesmo considerando o tamanho das empresas envolvidas, os valores estabelecidos mostram-se desproporcionais e desnecessários ao cumprimento da determinação judicial.

Por todo o exposto, por este voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso de apelação, para excluir a condenação da apelante no que tange à abstenção do slogan *"apenas 0,03 o minuto"* e para reduzir a multa cominatória nos termos acima indicados, mantendo-se a responsabilidade da demandada pela totalidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios, porque permanece vencida na maior parte dos pedidos.

Acesso ao Sumário

1 *"Se o consumidor não fizer uma carga mensal, não haverá a perda do bônus, mas a perda do seu cadastro na promoção"* (fl. 415).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0208204-65.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SÉRGIO ANTÔNIO MACHADO DE SIQUEIRA e INÁ MACHADO DE SIQUEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) (ESPÓLIO), são apelados SUELY MACHADO DE SIQUEIRA CAFCALAS e BASILE COSMAS CAFCALAS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Fará declaração de voto vencedor o 3º Juiz. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 26.397)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 18 de março de 2014.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: Ação de nulidade de escritura pública de distrato de venda e compra de imóvel.

I- Nulidade da sentença por violação ao disposto no art. 128 do CPC. Não reconhecimento. Sentença que enfrentou o tema central da demanda, ou seja, a incapacidade de Iná. Abordagem do negócio anterior que se exibe apenas como reforço da fundamentação, sendo que, uma vez abstraída, o resultado da demanda seria exatamente o mesmo.

II- Incapacidade da falecida autora Iná por ocasião do distrato de fls. 24/25. Afastamento. Interdição decretada após a realização do distrato. Efeitos da interdição "ex nunc". Aplicação do disposto no art. 1.773 do Código Civil.

III- Possibilidade, no entanto, de acordo com a jurisprudência, de retroeficácia da interdição. Necessidade, porém, de prova exaustiva acerca da prévia incapacidade. Inexistência, na espécie, de prova cabal do quadro de incapacidade antes da interdição, especialmente por ocasião do distrato. Laudo pericial produzido na interdição e depoimento

Acesso ao Sumário

da escrevente de notas que lavrou a escritura de distrato que contrastam a alegação de incapacidade de Iná. Escritura pública que é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, nos termos do disposto no art. 215 do Código Civil. Simples presença do confronto entre os referidos elementos de convicção com aqueles em sentido contrário, que sustentam incapacidade, faz surgir um quadro de dúvida que não permite o contorno ao citado art. 1.773 do Código Civil.

IV- Alegação de que, por ocasião do distrato, nada foi devolvido a falecida Iná. Circunstância, à luz do disposto nos artigos 166 e 167 do Código Civil, que não conduz à nulidade do distrato. Inadimplemento que permite, em princípio, apenas a rescisão da avença (art. 475, Código Civil).

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO IMPROVIDO.

VOTO

1- Ação de nulidade de escritura pública de distrato de venda e compra, cumulada com perdas e danos, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 504/513, de relatório adotado.

Opostos embargos de declaração por parte dos réus (fls. 539/541), foram eles acolhidos às fls. 542, deferindo-se ao apelante Sérgio os benefícios da gratuidade.

Apela o autor Sérgio.

Sustenta que a sentença é *extra petita*, postulando a sua nulidade por violação ao disposto no art. 128 do CPC. Insiste, no mais, na procedência da demanda em razão da incapacidade absoluta da compradora distratante. Alega, também, a ausência de elemento essencial do distrato, ou seja, a restituição do preço (fls. 515/533).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 547/559.

É O RELATÓRIO.

2- Não se identifica, de saída, qualquer nulidade a permear a sentença de fls. 504/513, notadamente afronta ao disposto no art. 128 do CPC. A incapacidade de Iná em relação ao distrato de fls. 24/25, questão central tratada nestes autos, foi enfrentada pelo Magistrado. Era o quanto bastava. A abordagem realizada quanto ao negócio anterior (venda e compra), por outro lado, deve ser recebida apenas como mero reforço na fundamentação da sentença que, abstraída, não

Acesso ao Sumário

alteraria o resultado da demanda. A lide, dessa forma, relativamente ao tema central-causa de pedir (incapacidade de Iná), foi julgada nos limites em que foi proposta, inexistindo, nem de longe, a mácula alardeada no recurso.

Insubsistente, no mais, o apelo, preservando-se a improcedência da ação de nulidade do distrato de fls. 24/25.

Desautorizada a alegação de que Iná, à época em que firmou o distrato de fls. 24/25, isto é, em 25 de junho de 2008, não mais detinha capacidade de entendimento do ato que realizou. Nessa ocasião, presume-se que, pese a sua elevada idade, ainda gozava de capacidade civil, somente cessada com a sua interdição ocorrida em 2011 (fls. 290). A interdição, à luz do disposto no art. 1.773 do Código Civil, produz efeito *"ex nunc"*, de modo que, por força de lei, a superveniente declaração de incapacidade de Iná não alcança os atos por ela praticados anteriormente.

Não se desconhece, outrossim, que a jurisprudência tem admitido a retroeficácia da incapacidade para atingir atos anteriores praticados pelo interdito. Todavia, para tanto, exigível a exaustiva demonstração da incapacidade, circunstância que, na espécie, não se fez presente.

Relevante, neste particular, que a perícia realizada na interdição, não substituível por declarações médicas, não estendeu a incapacidade de Iná ao passado, ainda que recente. Enfatizou o Perito nos autos da interdição: "... Interdição não é perícia retrospectiva, portanto, não se dirá desde quando ocorre a incapacidade" (fls. 276). Outra prova de igual quilate, no entanto, não permite que se estenda a declaração de incapacidade para aquém da sentença de fls. 290. Sob o prisma técnico, considerada, como é de rigor, apenas a perícia realizada sob o crivo de contraditório, não se pode afirmar com a necessária certeza de que Iná, quando firmou o distrato de fls. 24/25, não ostentava plena capacidade de entendimento.

Mas não é só. O distrato foi realizado por escritura pública lavrada perante o 14º Tabelião de Notas da Comarca de São Paulo (fls. 24/25). A testemunha Maria Luiza, escrevente que lavrou a escritura, inquirida na instrução, deu conta da capacidade daqueles que participaram do ato, especialmente de Iná, pois, caso contrário, não o faria (fls. 418/419). Aliás, consoante estabelecido pelo art. 215 do Código Civil, "A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena".

A contenção do resultado da incapacidade de Iná à época da perícia (fls. 276), sem retroação, somada ao depoimento da escrevente de notas que lavrou a escritura de fls. 24/25, que possui fé pública, denota que Iná, à época do distrato, ostentava capacidade de entendimento, superando, com vantagem, os relatos em sentido contrário, já que emanados de pessoas isentas (perito judicial e escrevente de notas), sem qualquer envolvimento com as partes. Ademais,

Acesso ao Sumário

a simples existência de confronto entre a perícia/depoimento de fls. 418/419 com as provas que indicam a incapacidade de Iná, per si, produz um quadro de dúvida, o qual não se compraz com a exigência da exaustiva demonstração da prévia inaptidão à prática de atos da vida civil, requisito indispensável para que se contorne aquilo que estabelece o citado art. 1.773 do Código Civil.

Tampouco vinga a alegação de que não houve restituição a Iná do valor mencionado na escritura (fls. 24v.). Essa circunstância não conduz a qualquer nulidade, nos termos do disposto nos artigos 166 e 167 do Código Civil, resolvendo-se o inadimplemento sustentado na forma preconizada pelo art. 475 do mesmo diploma legal. A querela, em princípio, se equaciona com a rescisão e não com a nulidade do distrato. A propósito, a doutrina de **NELSON ROSENVALD: "...cabe à parte lesada julgar se o inadimplemento gerou a inutilidade da prestação ou se, não obstante o descumprimento, ela ainda lhe é interessante. No primeiro caso, diante do inadimplemento absoluto restará apenas a demanda resolutória (art. 395, parágrafo único, do CC). Mas, se a prestação ainda for viável ao credor, a hipótese ainda é de mora, o que justifica a manutenção da relação contratual" (in Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Min. Cezar Peluso, Manole, 6ª Edição Revista e Atualizada, p. 539).**

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 20.133)

Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

O ponto central da discussão diz respeito à capacidade mental da falecida Iná Machado de Siqueira à época em que firmou o distrato de fls. 24/25, em **25 de junho de 2008**.

Registre-se que a autora foi interditada por sentença publicada em **05/09/2011** (fls. 290), nomeado seu Curador o filho Sérgio Antônio.

Necessário fazer uma retrospectiva dos fatos: O imóvel objeto da Matrícula nº 5.032, do 16º Registro de Imóveis da Capital (um prédio à Rua Zeferino da Costa nº 94) pertencia ao falecido Cícero Cesar de Siqueira e foi transmitido na metade ideal para a autora e na proporção de 25% para os dois filhos do casal, Sérgio Antônio Machado de Siqueira e Suely Machado de Siqueira Cafcalas (R-1 da M. 5.032, de 14/10/1976). Em 31/10/1985 a autora doou aos filhos sua meação no imóvel (R-2). Em 31/10/1985, por permuta, Sérgio Antônio transmitiu sua parte de 25% no imóvel para a irmã Suely, que consolidou a propriedade total sobre o bem (R-3).

Acesso ao Sumário

Alega a autora ter adquirido a totalidade do imóvel de sua filha Suely e marido por escritura de venda e compra de 30/10/2007 (R-6), a qual foi objeto do distrato de 25/06/2008, objeto da presente ação de nulidade (Vide certidão imobiliária de fls. 22/23).

Segundo os réus, Sérgio compareceu sozinho em Cartório quando da elaboração da escritura de venda do imóvel destes para a mãe, munidos de procurações, genéricas, segundo alegam, tanto dos vendedores, quanto da compradora. Até então desconhecendo os fatos, deles tomaram conhecimento via o lançamento do nome da mãe no IPTU do imóvel, oportunidade em que, indagada sobre os fatos, a autora negou ter deles conhecimento. Daí o comparecimento dos réus com a mãe em Cartório para a lavratura do distrato.

Feitas estas considerações e bem examinado o quadro probatório dos autos, meu voto acompanha as conclusões dos ilustres Desembargadores Relator e Revisor.

Rejeito a arguição de nulidade da sentença, que segundo os recorrentes seria *extra petita*. Verifica-se que o d. magistrado enfrentou com propriedade a questão central em discussão, relacionada com a incapacidade da autora quando do distrato.

A referência à compra e venda do imóvel (anterior), o foi, como colocado pelo d. Relator, como mero reforço na fundamentação da sentença.

Portanto, a decisão foi proferida nos exatos limites da lide.

Por outro lado, não se pode deixar de considerar, como significativo, para não dizer estranho, o comparecimento de apenas Sérgio Antônio ao Cartório para outorgar e receber a escritura do bem imóvel objeto da venda e compra, na qualidade de procurador dos réus (procuração lavrada em 30/01/1978) e como procurador da adquirente sua mãe, outorgado este mandato em 17/10/2007 (Vide fls. 105).

Estes fatos acabam por fragilizar os argumentos do apelante Sérgio Antônio, na medida em que, segundo alega, sua mãe seria incapaz para o distrato de 25/06/2008; porém, teria então plena capacidade, cerca de 8 meses antes daquele ato, para lhe outorgar a aludida procuração em 17/10/2007, e que dela se valeu para a aquisição do imóvel objeto do distrato aqui impugnado.

Outro ponto importantíssimo e que chama a atenção no caso em julgamento diz respeito à prova pericial.

Observa-se que as partes preferiram aguardar a perícia que seria realizada nos autos de interdição, apesar de ser palmar a necessidade de definição técnica a respeito de eventual retroeficácia da interdição.

Mas não é só.

Em despacho publicado pelo Diário Oficial Eletrônico de 26/05/2010,

Acesso ao Sumário

o MM. Juiz "a quo" concedeu prazo de 30 dias para que viessem notícias a respeito do processo de interdição, consignando expressamente: ***"(...) Embora o pedido de interdição da autora tenha sido deduzido em data posterior ao aperfeiçoamento do negócio jurídico que se visa invalidar, dada a proximidade de datas, tem-se por razoável que a sentença declaratória de interdição, caso positiva, venha a retroagir ao momento em que celebrada a resilição por destrato. E, nesse caso, o procedimento de interdição produzirá efeitos em relação a esse processo."*** - (fls. 167 - grifei).

Causa espécie que, mesmo cientes destas colocações em 26/05/2010, as partes deixaram de insistir em eventuais efeitos pretéritos da interdição, considerando a existência desta ação anulatória, o laudo pericial foi concluído (fls. 179/184) e a sentença de interdição publicada em 05/09/2011, sem qualquer abordagem do tema (fls. 290).

Somente depois, em 23/05/2011 (vista), foi que o Perito Judicial, instado a responder quesitos, assim se manifestou: ***"(...) interdição não é perícia retrospectiva, portanto, não se dirá desde quando ocorre a incapacidade"*** - (fls. 276).

Inegável que a prova a respeito de verificação da capacidade das pessoas é produzida através de perícia técnica, observado o contraditório. Não se desconhece, outrossim, que ainda que se pretenda demonstrar hipótese de retroeficácia da interdição, importantíssima que se tenha pronunciamento técnico a respeito do grau da incapacidade no momento do negócio jurídico.

Desta forma, efetivamente inviável o acolhimento de provas orais e atestados unilaterais a indicar pela incapacidade da autora, que carecem do respaldo técnico necessário, com obrigatória observância do princípio constitucional do contraditório.

A bem da verdade, como ressaltado pelo d. Relator, estas provas não podem ser tomadas exclusivamente para demonstrar, em ação anulatória, a prévia inaptidão da autora para atos da vida civil.

Essa conclusão é reforçada, em especial quando se tem o Laudo Pericial elaborado por ocasião da interdição, sem qualquer menção à retroação da interdição, a par do depoimento da Escrevente de Notas que lavrou a escritura de distrato (fls. 24/25). Ressalte-se que o negócio foi realizado por Escritura Pública, com depoimento em Juízo da Escrevente, no sentido de que não teve qualquer dúvida em relação a capacidade de dona Iná, acrescentando: ***"(...) senão não faria."*** E mais, quando indagada se ela mostrou entendimento do que foi dito? Respondeu: ***"Sim, não me lembro do que aconteceu, mas com certeza se eu lavrei a escritura era porque ela tinha condições de participar do ato."*** - (fls. 418/419). Não é preciso lembrar que o Escrevente é dotado de fé publica.

Por todas essas razões, apesar da idade avançada da autora, não vislumbro

Acesso ao Sumário

nos autos a existência de provas concretas e cabais a respeito da prévia incapacidade da autora à época do distrato.

Sobre o assunto, **"Sustenta MARIA HELENA DINIZ a possibilidade de se invalidar ato negocial, praticado por alienado mental antes da sua interdição, desde que se comprove, no processo de jurisdição voluntária a que se submeteu, a existência de sua insanidade, por ocasião da efetivação daquele ato. Nesse caso, a sentença de interdição produzirá efeito 'ex tunc'. No seu entender, pois, a referida sentença terá efeitos pretéritos, isto é, retroagirá 'ex tunc', podendo tornar nulos ou anuláveis os atos anteriores a ela praticados pelo interditado, conforme for o seu grau de incapacidade."** - (Curso de Direito Civil Brasileiro, v. I, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 170-173, *apud* **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**, Direito Civil Brasileiro, v. I, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 88/89).

Na lição do ilustre Desembargador **NESTOR DUARTE,** ***"a questão referente à incapacidade vincula-se ao estado da pessoa, ou seja, ao modo de apresentar-se, de acordo com certa situação jurídica"*** (*in* Código Civil Comentado, Coord. Min. **CÉSAR PELUSO**, Ed. Manole, p. 17).

Para o douto civilista: ***"a senilidade não acarreta incapacidade salvo se acometido o idoso de moléstia que o torna impossibilitado de manifestar o pensamento e gerir a si e a seus negócios"***. (*opus* cit, p. - 18 grifei).

Por derradeiro, ratificando entendimento do voto condutor, a alegação de que não houve restituição do valor mencionado na escritura de distrato para dona Iná (fls. 24v) não se presta ao reconhecimento de nulidade do ato. O inadimplemento, em tese, justifica a rescisão da avença e não a nulidade do distrato.

Ante o exposto, pelo meu voto também nego provimento ao recurso.

EGIDIO GIACOIA, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0205918-83.2009.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JURANDIR JOSÉ SILVA, é apelado ACTIVE INTERNATIONAL DO BRASIL S. A..

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 13810)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ

MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 25 de março de 2014.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: "APELAÇÃO. Ação de reintegração de posse cumulada com indenização por danos materiais, movida por empresa contra o seu ex-diretor presidente, diante de sua recusa em devolver automóvel que estava a sua disposição. Ação julgada procedente, com a tutela antecipada concedida na sentença. Autora reintegrada na posse antes da subida dos autos a este Tribunal. Inconformismo do réu. Não acolhimento. Comodato. Veículo automotor. Notificação extrajudicial constituindo o comodatário em mora. Extinção *'ad nutum'* do comodato por prazo indeterminado. Recusa em devolver o automóvel. Caracterizado o esbulho possessório. Retenção ilegítima da coisa emprestada a título gracioso. Dever do réu de arcar com as despesas inerentes ao bem, enquanto no uso e gozo da coisa. Incabível a pretensão do réu de ser restituído das despesas tidas com a manutenção do bem, posto que é dele a obrigação de conservar e manter a coisa. Devida a indenização correspondente ao aluguel do bem, nos termos do artigo 582, *in fine*, do CC. Devida a reparação dos danos decorrentes com a deterioração do bem cedido em comodato. Incabível a aplicação das sanções previstas no artigo 940 do CC, uma vez que não foi demonstrada a má-fé, o dolo ou a malícia por parte da credora. Encargos sucumbências que devem levar em conta a quantidade dos pedidos acolhidos e desacolhidos. Negado provimento ao recurso."

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse cumulada com indenização por danos materiais com pedido de liminar ajuizada por **ACTIVE INTERNATIONAL DO BRASIL S.A.** em face de **JURANDIR JOSÉ DA SILVA**, cujo pedido, nos termos da r. sentença de fls. 393/396, foi julgado parcialmente procedente, com a condenação do réu ao pagamento de 90% da taxa judiciária e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, acrescidos de

Acesso ao Sumário

correção monetária.

O réu opôs embargos de declaração (fls. 400/403), os quais foram rejeitados (fls. 406).

Inconformado, o requerido apelou, sustentando, em síntese, que: a) a apelada deixou de cumprir com as obrigações assumidas, o que a impedia de exigir a posse do veículo objeto do litígio; b) a destituição do apelante do conselho de administração e do cargo de diretor presidente da autora foi ilegal e arbitrária; c) a autora deixou de pagar a remuneração mensal, benefícios e bônus que o réu fazia jus, razão pela qual a devolução do automóvel não é possível; d) a posse jamais foi injusta, visto que a autora entregou o veículo à apelante; e) mesmo após a destituição do apelante, a autora renovou o seguro do automóvel, indiciando o réu como principal condutor e enviando-lhe os respectivos boletos de pagamento, os quais foram devidamente pagos pelo réu; f) a posse justa pode ser corroborada pelo fato do apelante ter arcado com as despesas referentes ao licenciamento do carro em agosto de 2008 e com as despesas de conservação; g) é descabido o pedido de indenização pelos supostos danos materiais, uma vez que não houve qualquer ilícito que levasse a qualquer espécie de dano; h) uma multa foi paga pelo apelante, devendo a apelada ser punida na forma prevista no artigo 940 do Código Civil em vigor, sendo certo que a outra multa decorreu de infração da própria apelada, que não identificou o condutor; i) o IPVA e o DPVAT são obrigações do proprietário; j) o seguro do carro é de responsabilidade da proprietária, pois ela é a beneficiária; k) quanto à indenização pela depreciação do bem, ela é indevida, pois esta ocorreria mesmo estando o veículo na posse da autora; l) o aluguel pelo uso do carro é indevido, pois jamais foi pactuado pelas partes, sendo certo que a sua imposição implicaria em *bis in idem* no caso do apelante ter que arcar com o IPVA, seguro, licenciamento e a sua perda de valor; m) da condenação sofrida pelo apelante, devem ser abatidos os gastos com manutenção do veículo no valor de R$ 2.704,00; n) a sucumbência deve ser recíproca (fls. 415/442).

Tempestivo e preparado (fls. 443/445), o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo quanto à tutela antecipada e em ambos os efeitos quanto ao restante da sentença (fls. 446), e respondido (fls. 475/488).

Remetidos os autos a esta Colenda Corte, o recurso foi distribuído ao ilustre Desembargador **Adilson de Andrade** (fls. 493) e, nos termos da Resolução 204/05, redistribuídos a este relator em 15.01.2013 (fls.500).

É O RELATÓRIO.

O recurso não é provido.

O pleito da autora, nos termos da r. sentença, funda-se nos seguintes fatos: *"o réu exercia o cargo de presidente da empresa autora, em função do qual havia recebido a posse de um veículo TOYOTA COROLLA, ano 2.004, placas*

Acesso ao Sumário

DMV 4195. Em razão da sua destituição daquele cargo, em 24.4.2008, o réu foi notificado para a devolução do automóvel, mas se manteve inerte. Ao final, a autora deduziu os seguintes pedidos: a) reintegração na posse do bem e b) perdas e danos. Houve pedido de liminar do provimento possessório." (fls. 393)

A liminar de reintegração de posse foi indeferida, conforme decisão de fls. 228.

Contra essa decisão, a autora opôs embargos declaratórios (fls. 234/235), os quais não foram conhecidos (fls. 239).

Em sua defesa, o réu, também a teor da r. sentença, sustentou que o pedido inicial improcede: *"sob o argumento de que a autora não havia cumprido obrigações assumidas – notadamente na parte de remuneração. Sendo assim, não poderia exigir a devolução do veículo. Ademais, a posse era justa, mansa e pacífica porque o veículo tinha sido entregue pela autora ao réu – o último continuou a exercer a posse sem oposição da primeira. Tanto que, ao renovar o seguro, a autora indicou o réu como principal condutor do veículo. Por último, o réu insurgiu-se contra o pedido de indenização."* (fls. 393)

Dando ensejo ao recurso, o douto Juiz de primeiro grau proferiu decreto de procedência parcial para: *"1) reintegrar a autora na posse do veículo TOYOTA COROLLA, ano 2.004, placas DMV 4195. Fica concedida a tutela antecipada no corpo da sentença. Expeça-se mandado de reintegração de posse, imediatamente. 2) condenar o réu ao pagamento de indenização dos seguintes prejuízos entre 24.4.2008 (quando caracterizado o esbulho) e a efetiva restituição do bem: (a) as multas de todo o período em que teve a condução do bem (a partir de 24.4.2008), b) débitos de IPVA (proporcional em 2.008 e a partir de 2.009) e licenciamento do veículo (este último, a partir de 2.009), c) despesas com seguro (a partir de maio de 2.008), d) indenização correspondente ao aluguel do bem (desde 24.4.2008) e e) indenização equivalente a perda do valor de mercado entre 24.4.2008 e a efetiva entrega do bem. As letras "a" até "c" exigem apuração por cálculos, juntando-se os comprovantes. As letras "d" e "e" exigem liquidação por arbitramento."* (fls. 395)

A autora foi reintegrada na posse do bem em 15.01.2010, conforme certidão de fls. 451.

Insta observar, conforme constou da r. sentença que: *"Em sua contestação, o réu acabou por não negar que a posse do veículo tinha origem num comodato verbal ajustado com a autora. A posse estava atrelada à sua condição de presidente da empresa autora. Como foi reconhecida a sua destituição daquele cargo, não havia mais motivo para a sua permanência na posse do veículo. Tanto assim, que o comodato encerrou-se formalmente, a partir da sua notificação para a devolução do bem (fls. 126/127). Em outras palavras, tornou-se incontroverso o encerramento da posse legítima e justa do automóvel, a partir da notificação*

Acesso ao Sumário

do réu acerca da rescisão do comodato e da obrigação de devolução do bem. A partir de então, caracterizou-se o esbulho possessório." (fls. 394)

O réu, em 24.04.2008, foi notificado extrajudicialmente através de serviço notarial a devolver o carro a ele cedido em comodato (fls. 126/127 e 146) no prazo de 24 horas.

Ante a recusa de devolver o carro no tempo aprazado, a partir de 25.04.2008, o réu foi constituído em mora e, por conseguinte, caracterizou-se o esbulho.

Ressalte-se que a contranotificação extrajudicial de fls.147/148 não descaracterizou a mora, mormente porque o requerido propôs receber o veículo em seu nome pelo valor de R$ 40.700,00 como forma de compensação pelo crédito que entendia ter em relação à autora.

Fato é que, uma vez notificado o comodatário acerca da extinção do contrato, deu-se por cessado o comodato, sendo certo que, eventuais importâncias que o réu entendia fazer jus por conta do cargo de diretor presidente que ocupava na autora deveriam ser cobradas em ação própria.

Desta feita, retendo ilegitimamente a coisa emprestada graciosamente, surge em desfavor do recorrente, a obrigação de reparar os prejuízos que causou ao comodante, inclusive arcando com as consequências da deterioração do bem cedido temporariamente.

Nesse contexto, o douto Juízo *a quo* bem sopesou as despesas (multas de trânsito, débitos com IPVA, DPVAT e seguro) que o apelante deverá ressarcir, todas ocorridas no período moroso.

Cabe observar, também, que é incabível o abatimento relativo às despesas com manutenção do veículo no valor de R$ 2.704,00 (fls. 288) da condenação imposta ao apelante, porque, em primeiro lugar, esses gastos foram realizados para que ele como comodatário, pudesse usar e gozar da coisa, já que a estava utilizando, e em segundo lugar, o documento juntado pelo autor é destituído de qualquer valor legal.

Acrescente-se que nada há a ser reformado no que concerne à condenação correspondente ao aluguel do bem desde a data em que o apelante foi constituído em mora até a efetiva reintegração da autora na posse do bem, por se tratar de previsão legal: "O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante" (artigo 582, *in fine*, do Código Civil).

A pretensão do apelante em ser o autor condenado nas penas do artigo 940 do Código Civil não encontra amparo, à luz da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil", o qual corresponde ao atual artigo 940.

Assim, a sanção prevista nesse dispositivo legal de pagamento em

dobro por dívida já paga ou pagamento equivalente a valor superior do que é devido depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor, mormente porque o réu não provou ter informado à autora o pagamento referente a três de quatro parcelas do seguro de 2008 (fls. 266/268) e a multa de trânsito de 30.09.2008 (fls. 292).

Quanto aos encargos sucumbenciais impostos ao réu na proporção de 90% da taxa judiciária e R$ 1.000,00 a título de honorários de advogado, a r. sentença permanecerá intocada.

Com efeito, na distribuição da sucumbência, deve-se levar em conta a quantidade de pedidos acolhidos e desacolhidos e não o benefício financeiro obtido.

Perfilhando tal entendimento, confira-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Na distribuição dos ônus sucumbenciais considera-se o número de pedidos formulados e o número de pedidos julgados procedentes ao final da demanda"*. (STJ, 3 a T., REsp n° 967.769- AgRg, rei. Min. **Nancy Andrighi**, j . 26.6.2008, DJe 05.8.2008)

Nesse passo, a autora postulou reintegração de posse, ressarcimento por multas de trânsito, IPVA, DPVAT, seguro, indenização pelo tempo de uso indevido do bem e depreciação do mesmo. Como todas estas verbas foram acolhidas, embora não na extensão reclamada, denota-se decaimento menor da pretensão inicial, revelando-se bem arbitrada a sucumbência proporcional.

Além disso, o apelante poderia ter espontaneamente entregue o veículo automotor, mas não o fez. Isto exigiu, para a satisfação do interesse do autor, a dedução da ação judicial.

Concluindo, a r. sentença é mantida.

Ante o exposto, **nega-se provimento à apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000972-13.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante J.A.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado O JUÍZO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28595)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO

Acesso ao Sumário

ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 27 de março de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Alteração de nome. Caso em que se reconhece e declara o diagnóstico de transexualismo. Irreversibilidade do quadro a permitir alteração do nome para proteção do indivíduo portador de especialidades, sem o que não se consegue alcançar o ideal de proteção humana. Providência que não prejudica terceiros ou a ordem jurídica e que independe de prévia cirurgia de transgenitalização que, a qualquer tempo, poderá ser realizada pelo sistema público de saúde. Considerações sobre a determinação sexual, inclusive com análise da posição de PIETRO PERLINGIERI (O Direito Civil na Legalidade Constitucional). Provimento, com observações.

VOTO

Vistos.

O caso é de mudança completa de nome (J.A.S. para N.G.C.) pelo distúrbio existencial conhecida por transexualismo e que faz com que o portador assuma personalidade apropriada do sexo oposto ao indicado pelos órgãos genitais. O pedido é baseado no histórico de vida da pessoa com 24 anos (24.3.1990) e que admite sua condição feminina, embora nascida com pênis. Há um laudo (fls. 46/47) subscrito por dois médicos nomeados pelo Juízo, confirmando o diagnóstico de transexualismo (F64.0 - CID 10), bem como relatório da Psicóloga Judiciária atestando a seriedade do tratamento recomendado pelo SUS (antecedente da transgenitalização), como dosagem hormonal e acompanhamento de fonoaudiólogo para mudança da voz (fls. 51). A escolha do nome se deu em homenagem a uma cantora e uma modelo (pessoas admiradas) com acréscimo do patronímico materno (C.), conforme consta de fls. 51.

O douto Magistrado adotou precedentes do TJ-SP para negar o pedido, anotando que somente é possível alterar o nome depois de realizada a cirurgia que muda o sexo.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça recomenda o não provimento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A respeitável sentença engrossa uma respeitável posição jurisprudencial e contrasta com outros julgados, o que bem demonstra o grau da polêmica e a falta de perspectiva de se chegar a um consenso. Respeitadas as interpretações dos colegas sobre a inviabilidade de retificar o nome do transexual sem cirurgia, é preciso ponderar que a intervenção cirúrgica não altera o quadro de irreversibilidade da patologia psicossomática, circunstância que retira a essencialidade da aludida providência eleita como indispensável para a retificação de nome ou prenome.

O recurso estimulou a releitura do estudo de CARLOS FERNÁRNEZ SESSAREGO ("Sexualidade y Bioética: la problemática del transexualismo", in *El Derecho a Imaginar el Derecho*, IDEMSA, Perú-Lima, 2011, os. 453-487) para recordar que o sexo pode ser dividido em "estático" (o que cada um nasce) e o "dinâmico" imposto pela personalidade do sujeito durante a vida ou sua maneira de sentir e viver. O transexual, segundo SESSAREGO, sofre de uma alteração genética, tal como o autor da ação que, desde criança, assumiu o papel feminino. O importante desse estudo está no chamar a atenção de que a cirurgia, que é chamada de "demoledora- reconstrutiva", embora radical e completa, não transforma o indivíduo, apesar de constituir um ato liberador de sua opressão, o que convence de que o transexual nunca adquire integralmente o sexo pelo qual aspira, com ou sem intervenção cirúrgica.

A doutrina encoraja soluções que prestigiam a proteção ao indivíduo e realça que há um direito de personalidade conhecido como de determinação (ou identificação) sexual, cujo fundamento não decorre, necessariamente ou com exclusividade, do aspecto morfológico. ELIMAR SZANIAWSKI (*Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª edição, RT, 2005, p. 168) enumera sete variáveis que servem para compor o sexo de um individuo, sendo cinco consideradas físicas (cromossômica, gonadal, hormonal, morfológica interna e morfológica externa) e duas psicossociais, caracterizadas pela "declaração de sexo no momento do registro e da diferenciação de uma identidade psicossexual, como ser masculino ou feminino, a partir de seu nascimento". Interpreta-se essa mensagem como sendo possível determinar o sexo exato a partir desses dados e não apenas pela redesignação cirúrgica.

PIETRO PERLINGIERI (*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco, Renovar, 2008, p. 818) abordou essa temática e anotou o seguinte acerca da posição jurisprudencial sobre priorizar características externas ou biológicas para definir o sexo do indivíduo: "Esta postura generalizadora não convence: para o direito não é relevante apenas o sexo biológico-social, mas também qualquer perfil que concorra à sua complexa definição. Na maior parte das hipóteses, é o perfil psicológico, mais do que o biológico e estrutural, a prevalecer como critério qualificador da disciplina das relações. Cada componente do sexo é juridicamente relevante; a cada vez,

Acesso ao Sumário

segundo as circunstâncias às quais as normas fazem referência, prevalecerá uma ou outra".

Admite-se que o interessado não é, na essência, mulher, porque não ostenta a abertura pélvica e outros itens da anatomia feminina. Mas, cabe perguntar: é homem? Os laudos respondem ter ocorrido inversão psicossexual, com o portador assumido o gênero que não condiz com o sexo anatômico. Resulta que o autor depende do Judiciário para alcançar o direito chamado autodeterminação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou diversos pedidos e o digno Magistrado cuidou de revelar isso mencionando os julgados respectivos. Foram, contudo, lavrados resultados diversos, como o da 6ª Câmara, relator o Desembargador VITO GUGLIELME (Ap. 0008539-56.2004.8.26.0505, julgado em 18.10.2012) que admitiu a alteração com destaque para o que foi deliberado pelo STF sobre a necessidade de preservar os dados originais do registro civil (ADI n. 4275-1). A ementa é a seguinte:

> REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO DA REQUERENTE EM VIRTUDE DE SUA CONDIÇÃO DE TRANSEXUAL. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE PROVADA, PELA PERÍCIA MULTIDISCIPLINAR, A DESCONFORMIDADE ENTRE O SEXO BIOLÓGICO E O SEXO PSICOLÓGICO DA REQUERENTE. REGISTRO CIVIL QUE DEVE, NOS CASOS EM QUE PRESENTE PROVA DEFINITIVA DO TRANSEXUALISMO, DAR PREVALÊNCIA AO SEXO PSICOLÓGICO, VEZ QUE DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO SOCIAL DO INDIVÍDUO. ASPECTO SECUNDÁRIO, ADEMAIS, DA CONFORMAÇÃO BIOLÓGICA SEXUAL, QUE TORNA DESPICIENDA A PRÉVIA TRANSGENITALIZAÇÃO. OBSERVAÇÃO, CONTUDO, QUANTO À FORMA DAS ALTERAÇÕES QUE DEVEM SER FEITAS MEDIANTE ATO DE AVERBAÇÃO COM MENÇÃO À ORIGEM DA RETIFICAÇÃO EM SENTENÇA JUDICIAL. RESSALVA QUE NÃO SÓ GARANTE EVENTUAIS DIREITOS DE TERCEIROS QUE MANTIVERAM RELACIONAMENTO COM A REQUERENTE ANTES DA MUDANÇA, MAS TAMBÉM PRESERVA A DIGNIDADE DA AUTORA, NA MEDIDA EM QUE OS DOCUMENTOS USUAIS A ISSO NÃO FARÃO QUALQUER REFERÊNCIA. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA AFASTADA. RECURSOS PROVIDOS, COM OSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

Seguiram outros pronunciamentos, como o da 8ª Câmara, relator Desembargador HÉLIO FARIA (Ap. 0082646-81.2011.8.26.0002, julgado em 30.10.2013) e, por fim, o julgado da 5ª Câmara, relator o Desembargador

JAMES SIANO, em 5.2.2014 (Ap. 0016069-50.2013.8.26.0003), quando foi anotado o seguinte:

"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".

O Superior Tribunal de Justiça admite a retificação, desde que o transexual tenha sido operado (Resp. 678.933 RS, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 21.05.2007; Resp. 737.993 MG, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 18.12.2009 e Resp. 1008398 SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 18.11.2009).

O fato de condicionar a alteração de nome, como medida excepcional que é (arts. 55 e 58, da Lei 6015/73), a uma prévia cirurgia de mudança de sexo, não resolve a questão da paciente portadora de doença incurável. O imbróglio permanece irradiando efeitos perversos para a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), porque permanece indefinida a identidade sexual, o que é motivo de perplexidade e constrangimento geral. Isso é ridicularizar, pressuposto da modificação (art. 55, parágrafo único, da Lei 6015/73). A cirurgia auxilia o paciente a conviver melhor com a situação, o que não significa ser obrigatória. A cirurgia não cura o transexual e somente contribui na sua luta pela adaptação e encontro do seu eu. O desajuste social persiste e incomoda o sujeito que se vê forçado a agir contra preconceitos e discriminações, com ou sem cirurgia, sendo que a mudança de nome é, entre todas as figuras terapêuticas não incisivas, aquela que mais coopera para a sua própria aceitação e interação no ambiente em que vive, porque constitui um reconhecimento oficial de sua especialidade. O documento civil personifica o sujeito de direito e o apresenta para a sociedade, o que valoriza a importância do registro como fator de desenvolvimento sadio da personalidade.

O transexual rico realiza a cirurgia sem sacrifícios e por vezes vai ao exterior em busca de bisturis famosos, enquanto o pobre, como o autor que trabalha costurando sapatos em Franca, aguarda a fila do SUS que não anda, vivendo sem perspectiva alguma de obter a esperada chamada cirúrgica. E o Judiciário permanece alheio diante desse grave problema individual e de cunho social, exigindo que mude o sexo para, somente após, autorizar a alteração do nome, o que depõe contra a ideologia de solidariedade necessária para estimular

Acesso ao Sumário

o desenvolvimento da personalidade. O sujeito de direitos é obrigado a construir meios de sobreviver, o que não quer dizer que o Estado não possa intervir e socorrê-lo para que não sucumba quando o desafio é difícil e emblemático, como o do transexual.

A mudança de nome não causa perturbação alguma no sistema do registro civil e sequer poderá prejudicar terceiros, representando um mínimo de proteção ao titular de um direito adquirido pela sua anormalidade. O ilustre Procurador de Justiça, ao transcrever trechos do julgado publicado na JTJ 212/160, sem mencionar nomes, despertou a memória do julgamento ocorrido no ano de 1998, pela Terceira Câmara de Direito Privado (Ap. 52.672-4, relator Desembargador Antonio Manssur) e da declaração de voto vencido (Desembargador Ênio Zuliani). As frases citadas foram pinçadas do voto vencido e a convicção de que é preciso construir uma decisão humana para essas pessoas continua irredutível. Há dezesseis anos escrevi (JTJ 212/163): "O registro civil não existe para agravar a opressão social de sujeito malformado sexualmente, perpetuando elementos identificadores da pessoa incompatíveis com a condição física e psicológica assumida em situação oposta, como ocorre com o transexual que pretende adequar os dados registrários à realidade existencial".

O nome do autor deve ser alterado, antes que se faça a cirurgia que substitua o membro masculino pela genitália feminina, porque essa é uma consequência jurídica permitida pela sua doença. O nome deverá ser N.G.C.S., sendo impossível excluir o patronímico "S.", como se pretendeu sem uma razão plausível. Muda-se o registro sem perder os dados primitivos, tal como recomendado pelo STF (ADI 4275-1). Embora não tenha ocorrido a cirurgia de transgenitalização, é imperioso constar que o sexo é feminino, porque compatível com o nome adotado.

Isso posto, dá-se provimento para autorizar a alteração do nome de J.A.S. para N.G.C.S., expedindo mandado para o 1º Subdistrito de Franca (fls. 14), anotado no espaço "sexo" feminino, averbando que essa modificação se fez em razão de decisão judicial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0220151-82.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAÚDE LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO) e SAMETRADE OPERADORADE DE SAÚDE LTDA. (ANTIGA DENOMINAÇÃO), é apelado MARIA VICTÓRIA DE MAGALHÃES.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. O Relator sorteado dava-lhe provimento e não declarará voto. O Revisor ficou designado como relator do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10726)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A. C. MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), J. L. MÔNACO DA SILVA, vencedor, ERICKSON GAVAZZA MARQUES, vencido e JAMES SIANO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, Relator designado

Ementa: CAUTELAR PREPARATÓRIA E PRINCIPAL DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA - Ré condenada a fornecer tratamento domiciliar à paciente - Preliminar de deserção afastada - Expressa exclusão contratual de *Home Care* - Irrelevância - Incidência da Súmula 90 de Egrégio Tribunal - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação cautelar preparatória e ação principal de obrigação de fazer ajuizadas por Maria Victória de Magalhães em face Prevent Senior Private Operadora de Saúde Ltda., tendo a r. sentença de fls. 463/468, de relatório adotado, julgado procedentes os pedidos, condenando a ré a manter assistência *home care* à autora, a fornecer a medicação que era ministrada no hospital, em especial o Clexane 40mg subcutâneo, e o equipamento BIPUP, bem como a restituir todos os valores que foram desembolsados em virtude da interrupção dos serviços descritos na inicial. A sentença também julgou procedente a ação cautelar, sustando definitivamente o protesto e tornando definitiva a liminar e as *astreintes* fixadas em R$ 5.000,00 por dia.

Inconformada, apela a ré e alega que o contrato exclui expressamente o atendimento médico domiciliar. Salienta que forneceu o serviço de *home care* por mera liberalidade. Argumenta que a cláusula restritiva é válida porque foi redigida de forma clara, de tal sorte que a cobertura guarda estrita relação com o preço do prêmio. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não pode quebrar a harmonia contratual em detrimento dos fornecedores. Pede o provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

O recurso foi preparado, recebido e respondido, com preliminar de não conhecimento.

É relatório.

O recurso não merece provimento.

A preliminar de não conhecimento do recurso não merece guarida judicial. O despacho de fls. 913 determinou a complementação do preparo, sob pena de deserção. A apelante providenciou o recolhimento de R$ 85,00 a título de remessa e retorno dos autos (v. fls. 917/918).

Assim sendo, não há deserção a ser decretada.

No mais, a r. sentença apelada deve ser mantida por seus jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

A cláusula 6ª do contrato apresenta a seguinte redação:

6.1. Estão excluídas da cobertura deste contrato os seguintes eventos:

(...)

XIII - Atendimento médico domiciliar, enfermagem em caráter particular, seja em regime hospitalar, domiciliar, Home Care, mesmo que o caso exija cuidados especiais, inclusive nas emergências. (v. fls. 98/99).

Tal cláusula é abusiva e nula de pleno direito, nos termos do art. 51, § 1º, incs. I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor. O documento de fls. 117 comprova a necessidade do *home care* para a paciente Maria Victoria de Magalhães, portadora de vários males descritos nos documentos de fls. 69/70.

Incide na espécie, pois, a Súmula 90 deste Egrégio Tribunal de Justiça: *Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de "home care", revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer*.

Ademais, o documento de fls. 256 do apenso comprova que a apelante já havia colocado à disposição da apelada, em caráter excepcional e temporário, o atendimento domiciliar reclamado na demanda. Não faz sentido, pois, afastar a condenação em detrimento da apelada, em momento de capital importância para o restabelecimento de sua saúde.

Essa é a razão pela qual a r. sentença apelada, da lavra do MM. Juiz de Direito da 37ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Guilherme Ferreira da Cruz, fica adotada na íntegra.

A propósito, transcreve-se a seguir excerto de tal sentença:

De fato, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, à sua saúde e à sua segurança, a proteção de seus

Acesso ao Sumário

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia a elas inerente.

Eis alguns dos princípios básicos dessa política protecionista: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; a exigência de uma ação governamental dirigida à sua efetiva proteção, com presença atuante do Estado no mercado; a harmonização dos sujeitos das relações de consumo sempre com base na boa-fé e no equilíbrio; a informação adequada com vistas à melhoria do mercado de consumo; e à coibição e repressão eficientes de todos os abusos nele praticados.

Tais regras funcionam, pois, como norma-objetivo; logo, o operador do direito deve repudiar qualquer solução interpretativa que não seja adequada à realização dos fins inscritos no artigo 4º da Lei nº 8.078/90.

Por este prisma, no exercício da sua livre iniciativa fundada em valores sociais, a ré deve ser transparente e agir de boa-fé (objetiva), assegurando o equilíbrio nas relações de consumo com o atendimento das necessidades dos seus contratantes, in casu, expressamente admitida (fls. 256 - cautelar).

Isto, per se, é suficiente para a procedência, sobretudo porque o atendimento Home Care já vinha sendo disponibilizado (fls. 256 - cautelar); daí a conclusão de que o procedimento - como um todo - está coberto, ainda mais diante da urgência instalada (fls. 117 e 132).

É, portanto, no mínimo sem nexo a tentativa de dissociar o procedimento realizado das suas consequências naturais, lídima patologia de consequência.

De outra banda, a abusiva exclusão (cláusula 6ª, XIII), ao restringir direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, que deve atender à sua função social, é nula de pleno direito e não interfere na legítima assistência domiciliar Home Care, necessária à continuidade do tratamento de Maria Victoria.

(...)

Força é concluir, nesta quadra, que o procedimento adotado pela ré - quando acena com a possibilidade de interromper o serviço de cobertura lícita - constitui prática abusiva (condição irregular de negociação), fundada no abuso do poder econômico em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor; logo, não pode ter a autora negada a cobertura de que precisa.

(...)

Por óbvio a interpretação há de favorecer a consumidora. A questão é simples: o que vale mais, a saúde (quiçá a vida) ou a postura pessoal da

Acesso ao Sumário

ré? A resposta é uma só: a dignidade da pessoa humana evidenciada em duas de suas bases medulares: a saúde e a vida. (fls. 464/467).

Em suma, a r. sentença de fls. 463/468 não merece reparos, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014114-23.2008.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante JOSÉ RODRIGUES DA HORA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DAGMAR RECH (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª 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 9520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A. C. MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), EDSON LUIZ DE QUEIROZ e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 19 de março de 2014.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA - Escritura de compra e venda realizada com procuração revogada - Pedido de cancelamento de registro - Alienação do imóvel à própria irmã do réu, no dia imediatamente subsequente à revogação - Ausência de consentimento válido da proprietária do imóvel - Ademais, inexistência de boa-fé do terceiro adquirente, de modo a evidenciar que o negócio foi mesmo fraudulento - Sentença mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta em face da r. sentença de fls. 323/333, que, em ação anulatória de escritura pública cumulada com reparação de danos materiais e morais proposta por Dagmar Rech, julgou improcedente a pretensão em relação aos corréus Rodrigo Valverde Dinamarco e Carlos Pereira da Silva, condenando a

autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$2.000,00, com a ressalva do artigo 12 da Lei nº 1.060/50. A ação foi julgada parcialmente procedente em relação aos corréus José Rodrigues da Hora e Naiara da Hora, para o fim de anular a escritura de venda e compra lavrada no livro 545, fls. 121/122 do Tabelião de Notas do 30º Subdistrito da Capital (fl. 18); cancelar o registro nº 4, de 18 de março de 2008, da matrícula nº 83.486 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Bernardo do Campo, referente à venda do imóvel. Foi reconhecida a sucumbência recíproca, arcando cada uma das partes com as despesas que experimentou e com os honorários de seus respectivos patronos.

Alega o corréu José Rodrigues da Hora, em síntese, a validade do ato de outorga da escritura, a não comprovação de notificação da mandatária sobre a revogação da procuração, a inocorrência de simulação e a sua boa-fé, de modo a prevalecer a validade da escritura de compra e venda em relação ao negócio jurídico por ele celebrado.

Recurso isento de preparo, recebido em ambos os efeitos.

Contrarrazões às fls. 509/515.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, insta frisar que o processo não padece de nenhum vício que acarrete a nulidade da r. sentença.

Quanto ao mérito, o recurso não merece prosperar.

Trata-se de ação ordinária proposta por Dagmar Rech em que alega ser proprietária do imóvel objeto da matrícula nº 83.486, do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Bernardo do Campo, e que, em 31.05.2007, outorgou procuração ao corréu José Rodrigues para que fosse realizada a venda do referido imóvel. Contudo, após algum tempo e não concretizada a venda, solicitou a devolução do instrumento, que foi negada pelo corréu. Aduz ter revogado a procuração em 27.02.2008, tendo informado ao corréu, que, na mesma data, alienou o imóvel para sua irmã, a corré Naiara, sem que tal venda fosse comunicada. Sustenta a apelada que não foi verificada a validade da procuração outorgada ao corréu José no ato da lavratura da escritura, requerendo o bloqueio da matrícula e, ao final, o reconhecimento da nulidade da compra e venda do imóvel e da respectiva escritura lavrada na página 121 do Livro 0545, o cancelamento do registro nº 4 da matrícula, bem como indenização por danos morais e materiais.

Note-se que a pretensão foi julgada improcedente em relação aos corréus Rodrigo Valverde Dinamarco e Carlos Pereira da Silva, sendo interposta apelação apenas pelo corréu José Rodrigues da Hora, que impugnou exclusivamente o item b da r. sentença, referente à anulação da escritura de venda e compra (fls.

Acesso ao Sumário

421), o que determina os limites a serem apreciados neste recurso.

De fato, a procuração outorgada pela autora ao corréu José Rodrigues foi revogada em **27.02.2008**, conforme fls. 19, sendo também incontroverso que o imóvel em discussão foi vendido em **28.02.2008**, por José Rodrigues da Hora à sua irmã Naiara Rodrigues da Hora, com a utilização da procuração pública outorgada pela autora (fls. 18).

Percebe-se, desse modo, que a compra e venda foi realizada quando já revogada a referida procuração, sem o consentimento válido da apelada na escritura de compra e venda lavrada aos 28 de fevereiro de 2008, não havendo como se presumir a boa-fé da adquirente, conforme bem analisado na r. sentença, que assim deixou consignado:

"Diversamente do alegado pelo réu, tudo leva a crer que este, de fato, tinha ciência acerca da revogação da procuração, como afirma a autora, tanto que alienou o imóvel no dia imediatamente subseqüente à sua própria irmã, mesmo tendo recebido poderes para tanto na data de 31.05.07, quase um ano antes, sem que qualquer negociação fosse feita neste período.

Atente-se aqui ao fato de que a adquirente NAIARA, devidamente citada para os termos da ação, sequer compareceu no processo para alegar sua boa-fé na transação viciada por defeito de representação da autora. Caberia a ela, diante da inexistência de consentimento válido da autora e da pretensão por ela invocada, demonstrar sua boa-fé quanto ao negócio que entabulou com o co-réu JOSÉ RODRIGUES, seu irmão, e não simplesmente permanecer inerte. Alie-se a tudo isso que, conforme alegação da autora, referida adquirente sequer tomou posse do imóvel, que foi transmitida a terceiro pela requerente, tudo a evidenciar seu conluio na transação. Não se mostra crível que uma pessoa adquira bem imóvel e sequer se imita na posse do bem, deixando de exercer sua propriedade.

E mais. Citada para os termos de ação que justamente visava a desconstituição do negócio, permaneceu inerte, indicando que, de fato, não agiu de boa-fé e sabia que não estar adquirindo bem livre de qualquer vício.

Ademais, o fundamento da pretensão é a falta de consentimento válido da autora no negócio, do que não se tem dúvida, haja vista a revogação da procuração antes da compra e venda aqui noticiada.

Se assim pretendia alegar a adquirente, deveria ter comparecido aos autos para comprovar os fatos impeditivos do direito da autora, não havendo como presumir, diante de toda a situação fática aqui demonstrada, que tenha contratado de boa-fé.

Como se disse, os elementos trazidos aos autos, especialmente a transação ocorrida no dia seguinte à revogação do mandato e ainda a ausência do exercício da posse do imóvel adquirido, aliado à sua revelia, tudo a evidenciar

Acesso ao Sumário

que o negócio foi mesmo fraudulento, simulado, com o intuito exclusivo de prejudicar a autora.

A alienação referida não conta com elemento essencial para sua formação, qual seja, o consentimento da autora, o que a torna nula, importando no cancelamento de eventual registro que tenha procedido a transferência do bem junto ao Registro Imobiliário competente."

Nem se diga que a alegada compra e venda anteriormente realizada pelas partes (autora e o corréu José Rodrigues) tenha o condão de validar a conduta do apelante, o qual utilizou uma procuração revogada para vender o imóvel da autora para sua irmã. Nesse passo, bem assinalou a d. Julgadora, *"...constata-se dos documentos de fls. 191/192 e 165/169 que a autora e José Rodrigues mantiveram relacionamento amoroso antes dos fatos, sendo que a própria requerente, ao prestar depoimento nos autos do inquérito policial nº 446/2008, declarou estar passando por dificuldades financeiras na época, sendo que o imóvel objeto da presente lide estava penhorado em razão de dívida com o Banco Itaú. Então, concedeu ao co-réu uma procuração e um instrumento particular de compra e venda para 'que o mesmo se apresentasse à credora como comprador da casa, para que o negócio pudesse ser realizado'. Assim, verifica-se que a autora também buscou fraudar eventuais credores, simulando uma venda ao co-réu, a fim de que o bem saísse de seu patrimônio e não pudesse responder por dívidas adquiridas perante terceiros de boa-fé. Ainda que não tenha logrado êxito no seu intento, eis que, durante a validade da procuração outorgada ao co-réu não houve concretização da venda do imóvel, entendo que a autora contribuiu para os fatos narrados na inicial, de modo que não cabe, diante de sua conduta, qualquer indenização por danos morais"*.

Feitas tais considerações, não se pode olvidar que o quadro fático delineado nos autos aponta tanto para a má-fé da adquirente como para a irregularidade do negócio celebrado pelo apelante, sendo certo que o ato não poderia mesmo subsistir, como, aliás, percucientemente consignado no *decisum* atacado.

Neste sentido lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Para que desapareça a boa-fé do terceiro, é bastante que ele tenha conhecimento da extinção do mandato por uma maneira qualquer, cabendo, em caso de dúvida, ao mandante ou àqueles que o representam provar que o terceiro estava de má-fé, por não ignorar a extinção do contrato." (Código Civil Comentado, ed. RT, 8ª ed., nota 2 ao art. 686, pg. 695).

Destarte, a r. sentença atacada não comporta reparos, a qual, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, por encontrar-se devidamente motivada.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017995-41.2001.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante CARLOS DE JESUS SODELI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados GINO GIOVANNINI, ANGELINA GIOVANNINI e SOCIEDADE SOLIBLOC LTDA..

ACORDAM, em 5ª 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 13731)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J. L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: USUCAPIÃO - IMPROCEDÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - PROVA TESTEMUNHAL QUE NÃO TERIA O CONDÃO DE ELIDIR A PROVA DOCUMENTAL - PRELIMINAR REJEITADA - FORMA DE AQUISIÇÃO E INÍCIO DA POSSE NÃO INFORMADOS PELO AUTOR - ATOS DE DOMÍNIO PRATICADOS PELOS PROPRIETÁRIOS - PROCEDÊNCIA DE AÇÕES DE DESPEJO E POSSESSÓRIA - POSSE *AD USUCAPIONEM* NÃO RECONHECIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de usucapião ajuizada por Carlos de Jesus Sodelli contra Sociedade Solibloc Ltda. e F. A. Oliva e Cia. Ltda., que a respeitável sentença de fls. 375/379, cujo relatório adota-se, julgou improcedente.

Inconformado, apela o autor alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, eis que pretendia produzir prova testemunhal. Argumenta que a ação possessória foi ajuizada após o decurso do prazo de 20 anos, durante os quais

exerceu posse mansa e pacífica sobre o imóvel.

O recurso foi recebido e respondido.

A corré F. A. Oliva e Cia. Ltda. foi excluída da lide, por ter alienado sua parte no imóvel a Sociedade Solibloc.

É o relatório.

O apelante pretende usucapir bem imóvel que encerra 110.153,84 m², integrantes da Fazenda Ermida, zona rural de Jundiaí, alegando, para tanto, que possui a coisa como sua há mais de 20 anos.

A sentença não reconheceu a posse *ad usacapionem*, contra o que se volta o autor.

A princípio, não se vislumbra a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado, posto que o equacionamento da lide não dependia da produção de outras provas, que não as constantes nos autos.

Outrossim, é dever do Magistrado julgar o feito conforme seu estado quando verificar que a matéria discutida é unicamente de direito, ou que a questão posta em juízo não exige dilação da fase probatória, em virtude da prova pretendida ser incapaz de descaracterizar a idoneidade daquilo que já restou demonstrado.

No caso, a prova testemunhal, que, segundo o apelante, poderia comprovar que antes da propositura da ação possessória já havia transcorrido o tempo exigido pela lei para aquisição do imóvel, não teria o condão de elidir a prova documental produzida, consistente em contratos envolvendo a exploração do bem por terceiros.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

Pois bem, em primeiro lugar, verifica-se que o autor nem ao menos indicou a origem e o início de sua posse, alegando, simplesmente, que a exerce de modo manso, pacífico e ininterrupto há mais de 20 anos.

Em sua réplica (fls. 236), ao rebater os argumentos de que teria ingressado no imóvel de modo ardiloso, defende que a forma de ingresso pouco importa, argumentando ser importante somente o exercício de posse mansa e pacífica.

De fato, a inexistência de justo título não impede a usucapião. Nada obstante, o fato do autor nem sequer indicar a origem e data de sua posse milita em seu desfavor.

Do mesmo modo, a contestação apresentada por Gian Giovannini lança dúvidas acerca da localização da área que o apelante alega possuir.

Segundo consta, o imóvel usucapiendo compõe área maior, denominada Fazenda Ermita, que é limítrofe à Fazenda do Conde.

Nada obstante, o contestante sustenta que a área ocupada compõe, na

Acesso ao Sumário

verdade, o imóvel confinante, ou seja, a Fazenda do Conde, tendo a posse do recorrente se originado em contrato de locação, o qual foi rescindido por falta de pagamento (fls. 108/114).

Há, ainda, prova de que a proprietária da Fazenda do Conde, Agrícola Pastoril e Terangi Ltda., ajuizou ação demarcatória contra a empresa Solibloc e outras, visando demarcar a área das glebas, o que indica incerteza sobre os limites das propriedades e sustenta a tese dos confrontantes 115/119.

Não fosse por essa dúvida, que poderia ser sanada pela prova pericial, os demais elementos constantes nos autos rechaçam as alegações do apelante.

É que o imóvel usucapiendo, como dito, está contido área maior, objeto da matrícula nº 17.061 (fls. 12/13). Esta, por sua vez, foi desmembrada da gleba matriculada sob o nº 83.918, sendo que ambos imóveis pertenciam a Vail Chaves e esposa e Antonieta Chaves Cintra Gordinho.

Consta nos autos que em 1983 os proprietários arrendaram a totalidade da área para Agropecuária JLM Ltda., tendo rerratificado o contrato em 1987. Em 1988, a arrendatária cedeu os direitos e obrigações referentes ao arrendamento para Agropecuária Ermida e Grande Ltda., que subarrendou a coisa pra Embraune Comércio e Serviços Ltda. Por fim, em 1997, o contrato de arrendamento foi rescindido (fls. 203/224).

Ademais, em 1997, quando o imóvel já havia sido desmembrado de modo a integralizar o capital social da Solibloc, de quem os antigos proprietários são sócios, a sociedade deu parte do bem em pagamento a F. A. Oliva e Cia. Ltda., que figurou como ré nesta ação.

Nestes termos, diante de tantos atos de domínio praticados pelos proprietários, não se pode albergar a tese do apelante, de que exerce a posse *ad usucapionem* da coisa desde o início da década de 80.

A conclusão é endossada pela rejeição da prescrição aquisitiva na ação possessória, que foi deduzida pelo recorrente como matéria de defesa e repelida pelo Juízo de primeiro grau e também por este Tribunal.

Em suma, a sentença de improcedência não comporta reparos e deve ser mantida integralmente, por estes e por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000945-91.2008.8.26.0200, da Comarca de Gália, em que é apelante J.A.M., é apelado J.C.G..

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 15.187)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 6 de março de 2014.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Ação de obrigação de não fazer - Divulgação de gravação íntima - Proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem - Posse da fita demonstrada pelo conjunto probatório - Recurso improvido.

VOTO

Ação de obrigação de não fazer julgada procedente pela r. sentença de fls. 297/302, de relatório adotado, para determinar que o réu se abstenha de levar ao conhecimento de terceiros, direta ou indiretamente, o conteúdo de gravação de conversa íntima, sob pena de multa de R$ 30.000,00.

Recorre o vencido, forte na alegação de que não restou demonstrado ter posse da fita, de forma que a r. sentença gera-lhe injusto prejuízo caso terceiros divulguem seu conteúdo.

Recurso de apelação preparado (fl. 315) e respondido (fls. 319/324).

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Trata-se de ação de obrigação de não fazer em que o autor pretende impedir a divulgação do conteúdo de conversa íntima, gravada em fita cassete que o réu teria em seu poder.

Contestou o requerido, afirmando não ter posse de gravação e nem ter divulgado nenhum tipo de informação.

A sentença acolheu o pedido, determinando que o réu se abstenha de levar ao conhecimento de terceiros o conteúdo da fita cassete, sob pena de multa.

Com razão.

É incontroversa e encontra-se demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fl. 47), bem como pelo laudo do Instituto de Criminalística (fls. 50/58), a existência de fita cassete contendo conversa íntima mantida entre o requerente e E.J..

Em que pese a controvérsia acerca das razões que levaram à gravação, o fato é que sua divulgação, sem o consentimento expresso de seus participantes, afronta o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, ferindo a intimidade, a

Acesso ao Sumário

vida privada, a honra e a imagem dos envolvidos.

Acerca de tais garantias constitucionais, digna de atenção a lição de José Afonso da Silva, evocando Pierre Kayser e Adriano de Cupis:

> *"O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao* segredo da vida privada*, nota Kayser: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar.(...)*
>
> *A* honra *é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade - adverte Adriano de Cupis - mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade."*
>
> (Pierre Kayser, La Protection de l avie privée: protection du secret de l avie privée, Marseille, Presses Universitaires d'Aux Marseille, 1984, e Adriano de Cupis, Riservatezza e segretto [Diritto a], em Novissimo Digesto Italiano, Torini, UTET, 1969, *apud* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Maleiros, 31ª Ed, 2008, p. 208 e s.)

Depreende-se do conjunto probatório, inclusive da oitiva de testemunha trazida pelo apelante, que a fita cassete encontra-se em seu poder e que pelo menos uma vez divulgou seu teor a terceiros.

Além das declarações categóricas de E.J., às fls. 21/23 e 132, e de seu depoimento em fls. 109/111, a testemunha J.A.C.B., às fls. 107/108, afirma:

> *"Por tal razão, na oportunidade, a depoente ouviu a conversa em ter J.C. e o senhor E., a quem não conhecia, gravada em fita que se encontrava em poder do requerido J. que, na ocasião, afirmou 'tá vendo, não falei que era verdade?'. Além da fita, folha de sulfite contendo a transcrição da conversa estabelecida entre J.C. e E. foi entregue à depoente pelo requerido que ao término da oitiva da conversa constante da fita, pegou a folha novamente em seu poder."*

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, ainda que de forma indireta, os demais depoimentos colhidos (fls. 112/113 e 114/115). Até mesmo a testemunha arrolada pelo apelante, Sr. J.V.F., que, ouvida como informante às fls. 116/117, admitiu que *"Também em conversas de bar ouviu dizer que a fita se encontrava em poder*

do requerido e de E..”

Demonstrada a posse da fita cassete, a manutenção da sentença recorrida é medida que se impõe, para determinar que o apelante se abstenha de divulgar, reproduzir, transcrever, exibir, dar publicidade ou, de qualquer modo, levar ao conhecimento de terceiros, direta ou indiretamente, o conteúdo da gravação.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000914-93.2011.8.26.0191, da Comarca de Poá, em que é apelante MARCELO RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONSTRUTORA TENDA S/A.

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 6.727)**

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

São Paulo, 15 de abril de 2014.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação de consignação em pagamento. Revelia da ré e sua consequência processual no que tange à alegação de insuficiência de depósito (art. 896, IV, do CPC). Revel a ré (art. 319 do CPC), entende-se que não formulou o pedido contraposto em tela, que tem índole reconvencional. Sentença de improcedência que não se sustenta, posto isso. A revelia, todavia, não acarreta, *tout court*, a procedência da ação, posto que é relativa, não absoluta, a presunção que deriva do art. 319 do CPC. Anulação da decisão apelada para que, na origem, seja facultado ao autor que – sob o crivo do contraditório, ouvida a ré revel que, posteriormente, se fez representar nos autos – comprove ter depositado com correção monetária as prestações de cujo pagamento quer ver-se desobrigado; ou então, se não o fez, que complemente os depósitos, agregando-lhes

Acesso ao Sumário

o correspondente à correção monetária. Apelação provida em parte para tal fim.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação de consignação em pagamento movida pelo ora apelante contra a ora apelada, julgada improcedente pela r. sentença de que se recorre, que porta o seguinte relatório:

"**MARCELO RODRIGUES DE SOUZA** o ajuíza ação civil, pelo procedimento especial da consignação em pagamento, contra **CONSTRUTORA TENDA S/A**.

Aduz que celebrou com o réu um contrato de financiamento de unidade habitacional, onde ficou acertado que os pagamentos dar-se-iam mediante boleto bancário remetido ao endereço domiciliar do consumidor. Alega que o réu deixou de remeter boletos bancários, o que teria inviabilizado os pagamentos.

Pugna pela concessão do direito de consignar em pagamento os valores de parcelas já vencida, bem como de parcelas vincendas.

Foi recebida a petição inicial e foi determinado ao autor que procedesse ao depósito da quantia discutida, no prazo de cinco dias. O autor efetuou o depósito da quantia que entende devida dentro do prazo legal.

Devidamente citado, o réu ofereceu resposta, sob a forma de contestação.

No mérito, o réu pugnou pela improcedência do pedido, pois o autor teria descumprido prazo de pagamento, ofereceu em pagamento valor inferior ao devido, pois não considerou a incidência de juros de mora, correção monetária e cláusula penal, e por ser de culpa exclusiva do autor o inadimplemento.

É o relatório." (fls. 149/150).

Acrescento ao relatório sentencial que a contestação da ré foi apresentada fora de prazo, como inquestionável e, de resto, está certificado a fl. 112.

A improcedência foi decretada pelos seguintes fundamentos:

"É certo nos autos que o autor celebrou com o réu um contrato de financiamento de unidade habitacional e que os pagamentos mensais dar-se-iam mediante boleto bancário.

Porém, ao que tudo indica os pagamentos não foram efetivados na data aprazada.

Assim, para se afastar os efeitos da mora do autor, necessário seria o depósito de cada parcela em atraso, com os acréscimos pertinentes, ou seja, com a incidência de cláusula penal, juros de mora e correção monetária, sem a incidência de qualquer desconto.

Porém, o autor se limitou a depositar os valores das parcelas, sem a

Acesso ao Sumário

incidência de juros de mora, correção monetária e cláusula penal.

Nesse diapasão, é de se reconhecer que o depósito efetuado pelo autor não afasta os efeitos decorrentes de seu inadimplemento, o que faz crer que a recusa do réu foi motivada." (fls. 150/151).

Apelação da vencida a fls. 155/159.

Contrarrazões a fls. 167/173.

Estando estes autos já no Tribunal, o apelante comprovou que continuou a fazer depósitos mensais das prestações contratuais (fl. 187).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Não pode prevalecer a r. sentença.

Em razão da revelia, na forma do art. 319 do CPC, é de se entender que não houve dedução, pela apelada, da defesa prevista no art. 896, IV, do mesmo Código, a saber, insuficiência de depósito. E a ação não poderia, ***data venia***, ter sido julgada improcedente por tal razão.

É que esta defesa configura, na verdade, pedido de índole reconvencional, que se pode fazer no bojo da contestação.

Há que se ler o que dispõe o CPC no § único do mesmo art. 896:

"**Parágrafo único**. No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido."

Ocorrendo, no caso concreto, revelia, defesa (pedido contraposto), com indicação do *"montante* [que o réu] *entende devido"*, não houve.

Veja-se ainda que, prosseguindo na regulação do procedimento da ação de consignação em pagamento se tiver havido a alegação de insuficiência, dispõe o art. 899 do Código:

"**Art. 899**. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em dez (10) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato."

Como se sabe (e a partir daqui passo a me valer da lição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO), a disciplina da consignatória, buscando *"otimizar o processo"*, faz *"um verdadeiro corte na 'cognição vertical' do magistrado"*. Só pode o réu alegar uma das matérias do art. 896 do CPC, em paralelo com o disposto no art. 335 do Código Civil. *"A hipótese do inciso IV do art. 896 é complementada pelo parágrafo único do dispositivo. Aquela específica defesa só será admitida se o réu indicar o montante que entende devido. Trata-se de iniciativa que pretende agilizar o procedimento, ao reduzir o grau de complexidade das questões, exigindo das partes (aqui o réu) seriedade nas suas alegações e impondo que elas se desincumbam adequadamente – e desde a prima oportunidade que têm de falar nos autos – do ônus da prova. Não é*

Acesso ao Sumário

diverso, aliás, o que, para a 'impugnação' e para os 'embargos à execução', exigem os arts. 475-I e 745, respectivamente, com relação à defesa *a ser feita pelo executado de que o valor pretendido pelo exequente é* excessivo *..."* (Curso Sistematizado, 2ª ed., vol. 2, tomo II, pág. 44).

A ação de consignação em pagamento, portanto, em deduzindo o réu a defesa em tela (insuficiência de depósito), é dúplice, e *"deve ser entendido no sentido de que, independentemente de* reconvenção*, sendo, pois, bastante, mero pedido do réu em contestação (a 'alegação' referida pelo* caput *do art. 899), o autor seja responsabilizado pelo pagamento da diferença entre o valor ofertado e o valor efetivamente devido."* (SCARPINELLA BUENO, ob. cit., pág. 46).

Do que penso ter demonstrado decorra dos artigos em apreço do Código de Processo Civil, diante da revelia, reitero, o pedido contraposto não pode ser tido como deduzido pela ré, ora apelada. Não tendo ele sido feito, a ação não podia ser julgada improcedente.

Não é o caso, todavia, por outro lado, de se julgar a ação procedente, liberado o autor dos pagamentos.

É que a revelia não importa necessariamente na procedência da ação, quando, por exemplo, do conjunto probatório, isto não possa decorrer. A presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC, art. 319), não é absoluta, mas relativa (RTJ 115/1.227; STJ AI 1.088.359-AgRg, SIDNEI BENETI – acórdão, dentre inúmeros outros, citados por THEOTONIO NEGRÃO, CPC, 46ª ed., pág. 459).

Não há prova de que os depósitos se tenham feito com exata correção monetária, tratando-se, ademais, ao que se depreende da inicial (fls. 3), de parcelas vencidas desde 2007.

Assim sendo, a solução que, por meu voto, proponho para o julgamento, é a de anular-se a r. sentença para que, baixando os autos à origem, seja propiciado ao apelante, sob o crivo do contraditório, presente que está nos autos a ré revel, demonstrar que os valores que depositou estavam devidamente corrigidos para as datas dos depósitos. Certo que, não havendo ***mora debitoris***, deste será exigida tão só correção monetária, não juros.

Em não sendo assim, que se lhe assinale prazo razoável para complementação, posto que não se admite consignação de prestações sem que venham atualizadas monetariamente com relação ao *"período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e a do efetivo depósito"* (STJ Ag. 48.450, SÁLVIO DE FIGUEIREDO; no mesmo sentido, também no STJ, REsp 369.773, GARCIA VIEIRA – ambos os julgados anotados por THEOTONIO NEGRÃO, ob. cit., pág. 1.001).

Ao depois, deverá ser proferida nova sentença.

Finalizando, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios

Acesso ao Sumário

voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos constitucionais e legais citados em sede recursal. Vale lembrar que a função do juiz é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para julgar, lhe pareceram suficientes. Não é necessário que aprecie todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um, como que respondendo a um questionário (STF, RT 703/226; STJ- Corte Especial, RSTJ 157/27 e ainda ED no REsp 161.419). Sobre o tema, confiram-se ainda: EDcl no REsp 497.941, FRANCIULLI NETTO; EDcl no AgRg no Ag 522.074, DENISE ARRUDA.

DISPOSITIVO.

Dou provimento parcial ao apelo.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033140-71.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes e apelados, de um lado, ERIK AUGUSTO YATSUDA e MICHELLY BARBOSA YATSUDA e, de outro, MÁRIA MÁXIMO EMPREEND. IMOBILIÁRIOS LTDA. e KANTARURÉ EMPREEND. IMOBILIÁRIOS LTDA..

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 AOS RECURSOS, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18931)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 16 de abril de 2014.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Atraso de obra – Ação de indenização – Procedência em parte – Inconformismo das partes – Culpa das rés pela inobservância do prazo – Inexistência de previsão de penalidade à hipótese – Divergência jurisprudencial quanto à legalidade da inversão da multa prevista ao consumidor – Resultado prático dos posicionamentos que, todavia, se assemelham e justificam condenação – Sentença que

Acesso ao Sumário

fixou indenização em 0,5% ao mês, do valor do bem, desde a data prevista para entrega até a expedição do habite-se – Rés que questionam o uso da data da entrega das chaves como termo *ad quem* – Recurso não conhecido nesta parte – *Quantum* pleiteado pelos autores que se revela excessivo – Sentença mantida – Recursos desprovidos, na parte conhecida.

VOTO

I - Trata-se de sentença que julgou procedente em parte ação de indenização (atraso de obra), proposta por adquirentes de unidade autônoma em face das incorporadoras. Confira-se fls. 237/242.

Inconformados, apelam ambas as partes (fls. 247/259 e fls. 264/275).

Os autores pretendem a majoração do *quantum* indenizatório. Discorrem acerca da possibilidade da inversão da cláusula penal prevista em desfavor do comprador, que, pontuam, "consiste em verdadeira indenização pré-fixada" (fls. 250). Invocam, nessa senda, o equilíbrio e boa-fé contratuais.

As rés, por seu turno, defendem que o atraso da obra se deu por força maior, cenário apto a excluir sua responsabilidade, nos termos das cláusulas 9.11 e 9.12. Narram a rescisão com a primeira construtora contratada, a ocorrência de fortes chuvas e a falta de materiais e de mão-de-obra, tudo a justificar a reprogramação da data prevista. Alegam, ainda, não ter sido comprovada existência de dano material concreto, sendo descabida a condenação por evento hipotético. Ressaltam que a obra foi concluída em abril/2012, sendo as chaves entregues apenas no mês de julho, em razão da inadimplência dos autores, o que torna descabido o uso dessa data como termo final da indenização.

O preparo foi recolhido (fls. 260/262, 280 e fls. 276/277, 283), sendo os recursos recebidos (fls. 284) e contra-arrazoados (fls. 287/290 e 292/298).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - Extrai-se que os autores adquiriram, junto às rés, imóvel, com data de entrega prevista para março de 2010 e prazo de tolerância de 180 dias, de modo que o bem deveria lhes ser transferido até setembro de 2010 (fls. 32), limite temporal que não foi observado, contudo.

As rés pretendem justificar o atraso pela ocorrência de problemas junto à construtora, excessivas e imprevisíveis chuvas, falta de mão de obra qualificada e de materiais, o que, defendem, configura caso fortuito e força maior, apta a afastar sua responsabilidade civil.

Ocorre que, não bastasse a parte não ter acostado documentos a comprovar suas alegações, é certo que os eventos apontados constituem risco da atividade, sendo sua ocorrência já amparada pelo prazo de tolerância de 180 dias, não

servindo, pois, de excludente de responsabilidade.

Nada obstante, em que pese o reconhecimento de culpa das rés pela inobservância da data de entrega, o pleito dos autores em inverter, em reprimenda do fornecedor, a cláusula penal prevista somente ao comprador, merece maior atenção, eis que vem recebendo tratamentos diversos pela jurisprudência.

É que, de um lado, há precedentes apontando que os princípios de equilíbrio contratual e igualdade entre os contratantes (arts. 4º, III, e 6º, II, do CDC) possibilitam a imposição, ao fornecedor inadimplente, da mesma sanção prevista ao consumidor para essa hipótese[1] - embora admitida a revisão do percentual, se abusivo, frise-se.

De outro, há julgados, no mesmo sentido da r. sentença, que, ao apontar o descabimento da inclusão pelo Juízo de disposição não prevista no instrumento contratual, acabam por concluir pela impossibilidade da inversão das sanções, o que, todavia, não prejudica eventual arbitramento de indenização por perdas e danos, que, por diversas vezes, também acaba sendo fixada em percentual sobre o valor atualizado do contrato[2].

Sob esse contexto, é bem de se ver que a adoção de quaisquer dos entendimentos leva a resultado prático similar, que, assim, se releva inafastável à hipótese.

Aqui, cumpre afastar a alegação trazida pelas rés quanto à necessidade de efetiva comprovação dos danos sofridos.

Afinal, por prováveis, o reconhecimento de lucros cessantes independe de prova e, no mais, tem-se que o prejuízo sofrido pelo adquirente, que não tem o imóvel entregue na data prevista, é presumível, seja por estar impossibilitado de locá-lo, seja por ter que arcar com os custos para residir em outro local.

Com esse entendimento, o Juízo *a quo* fixou indenização mensal no valor correspondente a 0,5% sobre o valor de mercado do bem, devido pelo período de outubro/10 a 26/03/12.

De início, verifica-se que o termo final utilizado foi a data em que o "Habite-se" foi expedido, e não a data da entrega das chaves (13/07/12, fls. 138), de modo que o apelo das rés sobre esse ponto não comporta conhecimento.

Ademais, é bem de se ver que, em casos de inadimplemento dos compradores, quando já na posse do imóvel, tem-se fixado taxa de ocupação mensal em 0,5%, do valor do contrato – ainda que haja disposição contratual em percentual maior –, sendo, pois, razoável que critério similar seja aplicado no caso de inadimplemento do vendedor, o que demonstra a excessividade do

1 Cf. REsp 955.134/SC, STJ, 4ª T., Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. de 16.08.12 e Apel. nº 0019842-64.2012.8.26.0577, TJSP, 8ª Câm. de Dir. Priv., Relator Helio Faria, j. de 19.02.14.

2 *Nesse sentido:* Ap. nº 0031945-85.2011.8.26.0562, TJSP, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 13.03.14 e Ap. nº 0136440-77.2012.8.26.0100, TJSP, Rel. Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci, j. 12.12.13.

Acesso ao Sumário

quantum pretendido pelos autores (0,1% ao dia) a título de indenização.

Em conclusão, mantém-se a r. sentença recorrida, inclusive por seus próprios fundamentos.

III - Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos, na parte conhecida. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000011-50.2010.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA., é apelado DANILO WESSELKA DO AMARAL (JUSTIÇA GRATUITA).

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 16371)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 10 de março de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Emissão de boletos escolares sem os descontos relativos a bolsas de estudo (PROUNI e Bolsa Incentivo) e ao pagamento pontual, aos quais o autor fazia jus. Fato que lhe impediu o cumprimento regular da obrigação de pagamento das mensalidades. Negativa da ré a emitir atestado de matrícula, o que impediu a obtenção, pelo demandante, de benefícios estudantis, como o bilhete único escolar e a aquisição de livros com desconto, por meio do Programa Livro-Texto (PLT). Inscrição do nome do aluno nos cadastros de inadimplentes de órgãos de proteção ao crédito. Dever de indenizar configurado. Dano moral *in re ipsa*. Valor. Arbitramento, manutenção. Observância das características do caso concreto, do princípio da modicidade e da finalidade de coibir a reiteração de práticas como as da espécie, sem enriquecer indevidamente o lesado. Dano

material. Apuração relegada à fase de liquidação por artigos. Aplicação do artigo 475-E do Código de Processo Civil. Apelação desprovida.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 373/374, acrescenta- se que foi julgada procedente ação de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de problemas enfrentados pelo autor em relação à regularização de sua situação junto ao estabelecimento de ensino réu (que não emitiu os boletos de pagamento com os descontos concedidos em razão de bolsas do PROUNI e de incentivo, além do desconto por pontualidade), o que também prejudicou a obtenção de benefícios estudantis (como a aquisição do bilhete único escolar e de livros com desconto), com pedido de tutela antecipada para a expedição de atestado de matrícula, liberação de sua entrada, para que possa frequentar as aulas, exclusão de seu nome dos cadastros de inadimplentes, por conta da comunicação indevida do débito, bem ainda regularização da emissão dos boletos para pagamento das mensalidades. Foi tornada definitiva a tutela antecipada às fls. 53, e condenada a ré a: a) abater 65% do valor das mensalidades (50% relativos ao PROUNI e 15% referentes aos desconto individual), de 01/02/2008 a 30/06/2010, sem prejuízo dos demais descontos regulares e coletivos, a exemplo do "desconto-pontualidade" devido em caso de pagamento da mensalidade até o 5º dia útil de cada mês, sob pena de multa equivalente à dobra por cada cobrança indevida; b) expedir o atestado de matrícula em favor do demandante em até cinco dias e c) excluir o nome do autor dos cadastros restritivos de crédito, sob pena de multa diária de R$500,00 pelo descumprimento, sem prejuízo das demais sanções devidas; d) pagar R$15.000,00, a título de danos morais, atualizados desde a publicação deste *decisum*, com acréscimo de juros de mora a partir de 07/02/2010; e) ressarcir a diferença sofrida nas despesas de transporte pela negativa do atestado de matrícula e de acesso ao PLT (Programa Livro- Texto) e f) pagar as despesas processuais (corrigidas monetariamente e somadas a juros moratórios a contar dos respectivos fatos geradores) e os honorários de advogado, fixados em 15% sobre o total da condenação.

Apela a demandada, alegando que o autor não comprovou o efetivo constrangimento pelo qual passou, violando a regra do artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Acrescenta que os fatos narrados pelo ora apelado não passam de mero aborrecimento, tampouco lhe acarretaram qualquer humilhação ou mal grave. Reputa indevida e apartada da razoabilidade, a condenação pelos danos morais. Sustenta a não configuração do dano material (diferença sofrida nas despesas de transporte pela negativa do fornecimento do atestado de matrícula e impedimento de acessar o PLT), uma vez inexistentes a relação de causalidade e a culpa. Insiste em que não restou comprovada a repercussão patrimonial

Acesso ao Sumário

negativa no acervo do demandante. Insiste em que não restaram caracterizados os requisitos legais postos no artigo 403 do Código Civil. Requer o provimento, com a reforma da sentença para julgar a ação improcedente. Subsidiariamente, pede a redução do dano moral.

Recurso preparado, recebido em ambos os efeitos e respondido, com pedido de desprovimento.

Nesta Corte, facultada aos interessados a manifestação de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, o prazo legal decorreu *in albis*.

É o relatório.

Pela prova carreada aos autos exclusivamente pelo autor, verifica-se do registro do sistema informatizado da ré, ora apelante, que a ele foram oferecidos dois tipos de bolsas: do PROUNI, correspondente a 50% de desconto, e outra autorizada pela própria instituição de ensino, correspondente a 15% (fls. 17/18).

Referidos descontos, que totalizam 65%, todavia, não constaram dos boletos emitidos mensalmente para a cobrança das mensalidades escolares, conforme se observa dos documentos de fls. 24/41, o que, por óbvio, impossibilitou ao aluno o pagamento regular do débito.

Consoante confirmado pela própria demandada, *a política de concessão de Bolsas Incentivo, como a concedida ao autor, trata-se de uma campanha de marketing a fim de que sejam beneficiados os alunos ingressantes em determinado momento...* (fls. 161, 3º§).

Nos termos da r. decisão recorrida, *à prestação de serviços educacionais aplica-se o CDC (artigos 2º e 3º). O autor afirmou que dois descontos no valor da mensalidade lhe foram oferecidos: 50% relativos ao ProUni e 15% ofertados pela própria sociedade ré. E os registros do sistema informatizado da ré confirmam o alegado (fls. 17/18). Por outro lado, a sociedade empresária não negou o fato (incontroverso pois: artigos 302 e 334, II, CPC), mas apenas defendeu que tal cumulação era indevida pelas regras do programa do governo federal, o que não é verdade: o item 4.6 do manual do bolsista transcrito pela ré não afirma incompatível o benefício individual com a bolsa decorrente do programa, mas apenas que esta bolsa pode ser cumulada com benefícios regulares e gerais. A exegese restritiva dada pela ré, além de afrontar o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, implica afirmar que o Estado ofende a livre iniciativa ao proibir benefícios individuais acertados entre particulares, impondo limites que apenas beneficiam o fornecedor sem justificativa racional apoiada no interesse público, o que demonstra a total impropriedade do raciocínio (art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942). Não obstante, mesmo se tal proibição existisse, o erro dos prepostos da sociedade é inoponível ao autor*

Acesso ao Sumário

(art. 34, CDC).

No tocante ao dano moral, ao contrário do sustentado nas razões do apelo, as lesões sofridas pelo demandante não podem ser alçadas a simples aborrecimento cotidiano.

O aluno foi impedido de assistir às aulas, por inadimplência à qual não deu causa, tendo a instituição de ensino contribuído cabalmente para tanto (e como afirmado às fls. 173, *ocorreu a desvinculação do autor do quadro de discentes da instituição-ré*); foi-lhe negado o fornecimento de seu atestado de matrícula, o que influenciou, inclusive, na configuração dos danos materiais, que serão apurados em liquidação por artigos. E ainda teve seu nome incluído nos cadastros de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito (fls. 44/45), conduta esta reiterada pela ré, em descumprimento da ordem judicial (fls. 235).

A fixação do *quantum* indenizatório do dano moral não merece reparo, pois observou as características do caso concreto, como o porte econômico das partes, o princípio da modicidade e a finalidade de coibir a reiteração da prática lesiva, sem enriquecer indevidamente o autor.

Esta é a tendência seguida pelos Tribunais Superiores, conforme atestam julgados colacionados por Theotonio Negrão e José Roberto Gouvêa:

> *Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto.* (RSTJ 140/371).
>
> *Critérios de quantificação da indenização que devem atender a determinados balizamentos, que obedeçam ao padrão social e cultural do ofendido, à extensão da lesão do seu direito, ao grau de intensidade do sofrimento enfrentado, às condições pessoais do devedor, ao grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descurar do caráter reparatório, sempre com a preponderância do bom senso e da razoabilidade do encargo.* (Ajuris 76/608).
>
> *Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida.* (RSTJ 112/216 e STF-RF 355/201).
>
> *A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer injustamente a vítima.* (STJ-3ª T., REsp 831.584-AgRg- EDcl, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 24.08.06, DJU 11.09.06, p. 282).

Relativamente aos danos materiais, o demandante informa que, pela conduta da instituição de ensino, negando-lhe o fornecimento de documentos como a certidão de matrícula, foi seriamente prejudicado na obtenção de benefícios estudantis, dentre eles, a aquisição do bilhete único escolar e de

Acesso ao Sumário

livros com desconto, por meio do Programa Livro-Texto (PLT).

Na contestação, a ré não impugnou a ocorrência dos referidos danos, limitando-se à dissertação acerca dos danos morais.

Desta forma, o MM. Juiz determinou que a apuração dos danos extrapatrimoniais fosse relegada à fase de liquidação por artigos, nos moldes do artigo 475-E do Código de Processo Civil.

Referido artigo prevê que *far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.*

Em nota ao aludido dispositivo legal, esclarece Antônio Cláudio da Costa Machado (*in Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, 9ª ed., Barueri, SP: Manole, 2010, p. 543):

Liquidação por artigos é a fase que permite a complementação da sentença proferida no processo de conhecimento condenatório, cujo escopo é identicamente o alcance da definição do "quantum debeatur" de uma obrigação reconhecida judicialmente, mas que se desenvolve mediante atividade probatória das partes, dada a não discussão anterior dos fatos concernentes à definição quantitativa da condenação.

Por estes motivos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010287-74.2009.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes PEDRO PASCOAL RAMOS, DIRCE APARECIDA FONSECA RAMOS, JOSE ANTONIO RAMOS, LEONILDA APARECIDA MADRID RAMOS, CELIA MARIA RAMOS ALMAZAN e PEDRO ANGELO ALMAZAN, é apelado BANCO DO BRASIL 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.069)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 11 de março de 2014.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. COMPROVAÇÃO PELOS EMBARGANTES DE QUE SÃO PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL PENHORADO EM RAZÃO DE AÇÃO DE USUCAPIÃO JULGADA A FAVOR DELES POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PODEM, PORTANTO, LEGITIMAMENTE, OPOR EMBARGOS.

É certo que, de acordo com o conjunto probatório, a venda do imóvel pelo pai dos embargantes ao executado foi simulada, com o fim de prejudicar direito de terceiros. Não obstante, ficou claro que o imóvel nunca saiu da esfera patrimonial do pai dos embargantes. Além disso, os embargantes exercem a posse do bem há mais de quarenta anos, e adquiriram a propriedade do imóvel por usucapião, declarada em sentença transitada em julgado.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EMBORA A USUCAPIÃO SEJA UMA FORMA ORIGINÁRIA DE SE ADQUIRIR A PROPRIEDADE, O SEU REGISTRO NO RESPECTIVO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO SE FAZIA NECESSÁRIO PARA A DEVIDA PUBLICIDADE E DISPONIBILIDADE.

Não há como atribuir culpa ao embargado pela constrição indevida, pois esta só se efetivou em razão da usucapião não se encontrar registrada em nome dos embargantes. De acordo com o princípio da causalidade, as verbas de sucumbência devem ficar a cargo dos embargantes, pois foram eles mesmos, ainda que de forma indireta, quem deu causa à instauração dos embargos.

Apelação provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 44/48, que não acolheu os embargos de terceiro opostos por PEDRO PASCOAL RAMOS e outros em face de BANCO DO BRASIL S/A.

Inconformados, os embargantes apelam às fls. 51/56. Alegam, em suma,

Acesso ao Sumário

que: (a) exercem a posse do imóvel penhorado há mais de 40 anos; e (b) os executados possuem outros bens passíveis de penhora. Pugnam pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

O embargado ofertou contrarrazões (fls. 71/75).

Inicialmente distribuído à 37ª Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte, o recurso lá não foi conhecido, determinando-se sua redistribuição a esta 12ª Câmara de Direito Privado.

Suspendeu-se o julgamento, para realização de diligência.

Determinou-se aos embargantes a juntada de certidão atualizada do imóvel objeto de discussão, bem como cópia da certidão de trânsito em julgado da sentença proferida nos autos do processo da ação de usucapião proposta em face do executado.

A determinação foi cumprida em parte.

É o relatório do essencial.

2. Cuida-se de embargos de terceiro opostos por PEDRO PASCOAL RAMOS e outros, sob o argumento de que exercem a posse mansa, pacífica e ininterrupta, há mais de 40 anos, do imóvel penhorado nos autos de ação de execução movida pelo embargado em face de ARARÉ D'AGOSTINHO PINTO e outros.

O embargado ofertou impugnação. Alega que o proprietário do imóvel integra o polo passivo da ação de execução, e que os embargantes não exercem a posse com ânimo de donos (*animus domini*).

O julgamento do feito dispensou a abertura da fase instrutória, e o nobre magistrado *a quo*, sob o argumento de que as partes se conluiaram para prejudicar direitos de terceiros, não acolheu os embargos.

Respeitado o entendimento do nobre magistrado *a quo*, a r. sentença comporta reparo.

É certo que, de acordo com os depoimentos das testemunhas colhidos nos autos do processo da ação de usucapião, o pai dos embargantes simulou a venda do imóvel ao executado, com o fim de prejudicar direitos de terceiros.

Segundo apurou-se, ANTÔNIO JOSÉ RAMOS se envolveu em acidente (não descrito com detalhes) há mais de duas décadas. Por conselho de seu advogado, sugeriu a seu pai que "vendesse" o imóvel a pessoa de sua inteira confiança, com o fim de evitar que, após sua morte, e aberta a sucessão hereditária, parte do bem fosse excutida para pagamento de indenização a eventuais vítimas daquele "acidente".

Essa pessoa de confiança era o executado ORLANDO DE DOMINGOS.

Ora, realmente houve uma compra e venda simulada do imóvel, realizada em maio de 1987. Contudo, tratou-se de negócio jurídico simulado, fictício,

com intuito de fraudar eventual direito da(s) vítima(s) do acidente em que se envolveu ANTÔNIO JOSÉ RAMOS. Ficou claro que o executado, apesar de figurar como proprietário na matrícula do imóvel, nunca exerceu sua posse, e que o imóvel nunca saiu da esfera patrimonial do pai dos embargantes.

Por isso, em última análise, não foi o embargado quem saiu prejudicado com o negócio jurídico simulado, mas, sim, e em tese, a(s) vítima(s) do aludido acidente causado por ANTÔNIO JOSÉ RAMOS.

Não bastasse isso, às fls. 57/64 foi juntada cópia da r. sentença proferida nos autos do processo da ação de usucapião movida pelos embargantes em face do executado, onde se verifica que o pedido foi julgado procedente, para declarar que os embargantes usucapiram o imóvel penhorado nos autos do processo da ação de execução.

A sentença declaratória da usucapião data de 25 de dezembro de 2009, e não se tem notícia da interposição de recurso.

É o quanto basta. A aquisição por usucapião é originária. Os usucapientes tornam-se *proprietários* independentemente do registro imobiliário que neste caso não é constitutivo.

Com efeito, de acordo com a certidão (fls. 110/111*v*), na averbação nº 05, o imóvel foi atribuído em usucapião aos embargantes, por sentença transitada em julgado em 22 de fevereiro de 2010.

Entretanto, por falta da devida publicidade pelo registro de imóveis, uma vez que a averbação foi feita somente em novembro de 2010, os embargantes deram causa à constrição contestada.

Assim, de acordo com o princípio da causalidade, as verbas de sucumbência devem ficar a cargo dos embargantes, pois foram eles mesmos, ainda que de forma indireta, que deram causa à instauração dos embargos.

A propósito, outra não é a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios" (Súmula 303).

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de acolher os embargos de terceiro opostos por PEDRO PASCOAL RAMOS e outros em face de BANCO DO BRASIL S/A. Porém, à luz do princípio da causalidade, fica mantida a sucumbência a cargo dos embargantes, tal como fixada na r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049018-56.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante JOSE RODRIGUES

Acesso ao Sumário

CORREIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 14028)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 31 de março de 2014.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE *"AD CAUSAM"* - Endosso mandato - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais - O endossatário de título de crédito por endosso mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário - Atuação como simples procuradora do mandante - Ilegitimidade passiva reconhecida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais proposta por JOSE RODRIGUES CORREIA contra ITAÚ UNIBANCO S/A (atual denominação de Banco Itaú S/A), acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo banco e julgou extinto o processo, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. O autor foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (fls. 68).

Acesso ao Sumário

Recorre, o autor. Alega que a instituição financeira é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, pois não cumpriu com seu mister de maneira eficiente e com o devido zelo, dando causa ao protesto indevido. Afirma que terceira pessoa contraiu dívida em seu nome ilegalmente. Sustenta que seu nome foi negativado mesmo sem nada dever ao réu, o qual deve ser condenado ao pagamento de indenização por dano moral (fls. 72/85).

Recurso recebido e contrariado (fls. 89/101).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O autor narra que o banco réu realizou o protesto de título em nome de terceira pessoa, mas com o número do seu CPF.

Diante da inexistência de relação contratual com a empresa sacadora, a qual não foi incluída no polo passivo da lide, o autor requer a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação do banco ao pagamento de indenização por dano moral.

A r. sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo banco e julgou extinto o processo, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

O recurso não merece acolhida.

O banco réu é parte ilegítima para responder aos termos da ação, porque recebeu o título na qualidade de mero mandatário, conforme se verifica na certidão de protesto (fls. 26).

Ora, o endosso mandato não produz o efeito de transferir a titularidade do crédito documentado na duplicata mercantil. Ele simplesmente legitima a posse exercida pelo detentor da cártula.

Assim, o banco mandatário age nos limites do mandato que lhe é conferido e realiza a cobrança do título em nome do endossante mandante em virtude da prestação de serviços contratada por este.

Nesse sentido, a Súmula 476 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário".

Portanto, não havendo prova de que o banco tenha excedido os limites do mandato, mantém-se o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego 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.

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

Acesso ao Sumário

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.

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).

Acesso ao Sumário

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 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).

Acesso ao Sumário

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 nº 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.

No mesmo sentido, relator Des. Andrade Neto, no apelo nº 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.

Acesso ao Sumário

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 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

Acesso ao Sumário

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 0001781-48.2012.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que são apelantes ANTONIO WILSON DE OLIVEIRA e HELENICE AZEVEDO DE OLIVEIRA, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 37ª 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 22791)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e DIMAS CARNEIRO.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: EMBARGOS À ARREMATAÇÃO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1 - Nulidade da alienação judicial - Alegação de vício na intimação dos executados acerca da data das praças - Argumentos dos apelantes que não convencem - Apensadas as duas execuções foi o bem arrematado em benefício do crédito executado em ambas - O fato de no edital ter constado o número de apenas um dos processos não tem a relevância que lhe quer emprestar os embargantes, porque cientes de que os atos processuais relativos à alienação diziam com o valor executado em ambas as demandas - Desnecessidade de intimação pessoal de ambos os executados - Intimação realizada por intermédio do advogado - Executados casados entre si - Esposo que, advogado militante, representava os interesses de ambos e foi devidamente intimado por meio de publicação na Imprensa Oficial, nos termos do disposto no art. 687, § 5º, do CPC.

2 - Alegação de arrematação por preço vil - Vício não caracterizado - Bem imóvel arrematado por mais de 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação, levada a cabo menos de 20 (vinte) meses da alienação.

SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

São embargos à arrematação opostos por **ANTONIO WILSON DE OLIVEIRA** e **HELENICE AZEVEDO DE OLIVEIRA** em face do **BANCO BRADESCO S/A**, julgados improcedentes por meio da sentença de fls. 150/152, cujo relatório é adotado em complemento.

Em síntese sustentam os apelantes que: (a) a arrematação em questão seria nula, porque necessária nova avaliação do imóvel ou, no mínimo, a correção

Acesso ao Sumário

monetária do valor apurado na última realizada; (b) no edital da praça constou que ela se referia a apenas uma das duas execuções movidas pelo apelado, quando em verdade dizia com ambas, em ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal; (c) a despeito de, por ser advogado militante, ter sido intimado por meio de publicação na Imprensa Oficial era necessária também a intimação por mandado; (d) o banco agiu de má-fé no feito, pois se desinteressou pelo rápido desfecho das execuções, para que o débito aumentasse e o valor da avalição não representasse a realidade, porque o imóvel se valorizou durante tal período; (e) entre uma avalição e outra o imóvel se valorizou 40% (quarenta por cento), de modo que perfeitamente possível se presumir que da segunda até a avaliação, porque se passou razoável período de tempo, deveria ter sido realizada nova avaliação. Firmes em tal argumentação buscam provimento (fls. 196/170) (sic).

Recurso processado com contrarrazões (fls. 189/182) (sic).

É O RELATÓRIO.

Sentença escorreita; recurso inconvincente.

Tramitam em face dos ora apelantes, Antonio Wilson de Oliveira e sua esposa Helenice Azevedo de Oliveira duas execuções perante o Foro da Comarca de Ipuã, movidas pelo Banco Bradesco S/A, ora apelado.

Em ambos os feitos foi penhorado o mesmo imóvel, registrado no CRI da Comarca de São Joaquim da Barra sob o nº 7.646 (fls. 109/110), avaliado em 22 de novembro de 2010 (fl. 119 e 124) em R$ 188.000,00 (cento e oitenta e oito mil reais).

Pois bem.

Não há falar em vício na intimação dos executados apto a macular a arrematação do bem.

Com efeito, Antonio Wilson de Oliveira é advogado e, segundo restou incontroverso, foi intimado das datas da realização das praças.

Se resolveram não comparecer à solenidade ou, a tempo oportuno, impugnar o valor da avaliação ou requerer nova, quiçá na esperança de que reconhecida alguma nulidade porque no edital apenas constou o número de uma das execuções não pode vir em socorro dos apelantes.

Acesso ao Sumário

Note-se que houve despacho, proferido em fevereiro de 2011, determinando o apensamento das duas execuções e que o prosseguimento dos atos executivos se dariam apenas nos autos de um dos processos *"englobando os valores cobrados em ambos"* (fl. 115). O recorrente, advogado experiente que é, por certo, conseguiu compreender o que se passava e instruir sua esposa, coexecutada.

Ademais, diferentemente do que sustentam os apelantes, a teor do disposto

no art. 687, § 5º, do CPC, acerca da data da realização da alienação judicial basta a intimação dos procuradores dos executados, *verbis*:

> *"§ 5º O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo."*

Acerca da menção ao número de apenas uma das execuções no edital das Praças, foi preciso o sentenciante: *"O fato de não ter constado no edital de intimação o processo 1038/03, mas sim somente o processo 910/03, não tem a relevância na medida em que, deferido o apensamento e o prosseguimento da ação executiva apenas no processo mais antigo (910/03), englobando os valores cobrados em ambos os processo, deve constar no edital, assim como corretamente constou, somente o processo cujo andamento prossegue"*.

Mas não é só.

O bem foi, em 2ª praça, realizada no dia 18 de julho de 2012, pelo banco recorrido, *"arrematado em benefício total do crédito (fls. 277/279), ou seja, R$ 152.614,81 (cento e cinquenta e dois mil, seiscentos e catorze reais e oitenta e quatro centavos)."* (fl. 22).

Ou seja, a arrematação em benefício do crédito se deu por mais de 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação do imóvel, levada a cabo a menos de 20 meses de tal data, de modo que não há falar em alienação por preço vil.

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9143174-36.2008.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é apelante ROSELI DE MORAIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A, CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 24ª 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 4743)**

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

Acesso ao Sumário

Ementa: PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL - Ausência de causa de pedir - Inocorrência - Petição inicial não é inepta - Presença dos requisitos previstos no art. 282 do Código de Processo Civil - Pedido inicial bem delimitado - Não há que se falar em ausência de causa de pedir - Preliminar afastada.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Manutenção de restrição cadastral após a autora ter celebrado acordo nos autos da execução que lhe foi movida - Inserção dos dados da autora, em cadastros restritivos de crédito, decorrente do ajuizamento de execução - Inscrição automática - Inclusão que deriva de convênio entre o órgão de proteção ao crédito e a Egrégia Corregedoria Geral de Justiça - Ônus de excluir a anotação que não competia à ré, porquanto não foi a responsável pela inclusão desta anotação - Precedentes do TJ-SP - Sentença de improcedência da ação mantida - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Roseli de Morais contra BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 127/130, cujo relatório adoto. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais), ficando, todavia, isenta do pagamento desse ônus, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, observados os termos dos artigos 11, § 2º, e 12, ambos da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, a autora apelou (fls. 133/139), alegando, em suma, que pleiteou indenização por dano moral em razão da omissão da ré, ora apelada, a qual manteve, indevidamente, a restrição cadastral que lhe foi imposta, após ter celebrado acordo para pagamento do débito, nos autos da execução que contra ela foi ajuizada.

Segundo afirmou a apelante, conquanto ela tenha efetuado contatos com a empresa apelada, esta não providenciou a exclusão do seu nome dos cadastros restritivos de crédito.

Procurou demonstrar que a obrigação de regularizar os seus dados cadastrais competia à ré, ora recorrida. Assim, a recorrente sustentou o seu direito à indenização por dano moral, em virtude da inércia da ré, que não

Acesso ao Sumário

providenciou a baixa destes apontamentos negativos.

Por fim, prequestionou as normas legais e constitucionais mencionadas em suas razões recursais e requereu o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, a fim de que a ação fosse julgada procedente e condenada a ré ao pagamento da indenização postulada, além das verbas decorrentes da sucumbência.

Recurso tempestivo e isento de preparo, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 53).

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 152/156), arguindo preliminar de ausência de causa de pedir, pois a apelante alegou os fatos de forma vazia. De resto, pugnou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre apreciar a preliminar arguida pela apelada em suas contrarrazões recursais.

Sustentou a apelada inépcia da petição inicial, por ausência de causa de pedir, o que, a seu ver, impedia o conhecimento deste recurso. Contudo, razão não lhe assiste.

Com efeito, a petição inicial não é inepta, porquanto ela preenche os requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que a autora bem esclareceu, na petição inicial, que pleiteava indenização por dano moral, em razão da manutenção indevida dos seus dados nos cadastros dos órgãos protetivos do crédito, após a celebração de acordo nos autos da execução que lhe foi movida.

Assim, inocorre a alegada inépcia da petição inicial, que preenche os requisitos legais de admissibilidade.

Afasta-se, assim, a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, o recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de indenização por dano moral, ajuizada pela ora apelante contra a ora apelada, em virtude da manutenção, tida como indevida, dos seus dados nos cadastros restritivos de crédito, após ter negociado o débito nos autos da execução que lhe foi movida.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim estabelece:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Na Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça de São

Acesso ao Sumário

Paulo, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação nº 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; AI nº 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; Apelação nº 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; Apelação nº 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; Apelação nº 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; Apelação nº 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; Apelação nº 9940500973556, Rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; Apelação nº 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; Apelação nº 99404080827-0, Rel. Des. Álvaro Passos, em 17/09/2010).

Além disso, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a viabilidade de o Órgão Julgador manter a sentença, adotando os seus próprios fundamentos, inclusive transcrevendo-a no acórdão. Confira-se, a este respeito, o seguinte precedente daquela Colenda Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*. 3. Recurso especial não provido" (STJ, REsp nº 662.272-RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04/09/07).

Na espécie, a questão foi bem examinada na r. sentença, parcialmente transcrita a seguir:

"A inserção decorreu de informação prestada pelo Cartório do Distribuidor da Comarca de Sumaré, em razão de execução proposta contra a autora.

Nesse caso, não foi abusiva ou indevida a inserção, posto que existia mesmo a execução em andamento contra a autora e a inserção de seu nome na SERASA originou-se da distribuição de tal execução, distribuição essa que goza de caráter público.

Não cabe exigir-se da exequente providências para cancelar essa anotação, além da providência que regularmente tomou, qual seja, noticiar o

Acesso ao Sumário

cumprimento do acordo e pedir a extinção da execução, porque não foi iniciativa dela tal anotação.

Trata-se de anotação proveniente de fatos públicos, como protestos cambiais e ajuizamentos de ações ou execuções.

(...)

Não há responsabilidade da ré pelo fato tido como danoso." (fls. 128/129).

De fato, o documento de fls. 39 demonstra que a inserção dos dados da autora, nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, decorreu do ajuizamento de uma execução contra ela, na Comarca de Sumaré.

A restrição foi ocasionada, somente, pelo convênio firmado entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e as entidades de proteção ao crédito (Provimento CGJ nº 8.232/88), conforme corretamente observou o douto Magistrado sentenciante.

Com efeito, os órgãos de restrição somente veiculam informações quanto à existência de ação em andamento, que são obtidas junto aos Cartórios de Distribuição de ações judiciais. Tal procedimento tem sido admitido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme evidenciam os seguintes precedentes daquela Corte:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO (ART. 43, § 2º, DO CDC). DADO COLHIDO EM CARTÓRIO DISTRIBUIDOR. NATUREZA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DANO.

Tratando-se de atividade lícita por parte da entidade cadastral, que se colheu dados já dotados de ampla publicidade, a ausência de comunicação do registro ao consumidor não lhe causa dano moral algum. Recurso especial não conhecido" (Recurso Especial nº 684.489 - RS (2004/012896-7), Relator: Ministro Barros Monteiro - Quarta Turma - Data do julgamento: 16 de agosto de 2005, Data da publicação: DJ 10/10/2005).

"RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC/SERASA). DADO DECORRENTE DE PROCESSO DE EXECUÇÃO COLHIDO EM CARTÓRIO DISTRIBUIDOR. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA PÚBLICA. FATO VERÍDICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- A existência de processo de execução constitui, além de dado público (nos termos dos art. 5º, incs. XXXIII e LX, da CF, e do art. 155 do CPC), fato verdadeiro, que não pode ser omitido dos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito pelo simples fato de o devedor estar impugnando a execução; porquanto tal supressão equivaleria à eliminação da notícia da distribuição da execução, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido e faria com que os cadastros e dados de consumidores deixassem de ser objetivos e

Acesso ao Sumário

verdadeiros, contrariando, portanto, o § 1º, do art. 43, do CPC.

- Não se pode vedar que se reproduzam os dados de processo de execução, constantes no cartório distribuidor, tendo em vista que o processo não deixa de existir tão-somente pelo fato de estar o executado discutindo o título executivo em juízo.

- Se os órgãos de proteção ao crédito reproduzem fielmente o que consta no cartório de distribuição a respeito de determinado processo de execução, não se lhes pode tolher que forneçam tais dados públicos aos seus associados. Recurso especial não conhecido." (REsp 866198/SP - RECURSO ESPECIAL - 2006/0149797-9 - Relatora Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - Data do julgamento: 14/12/2006 - Data da publicação/fonte: DJ 05/02/2007, p. 234).

Assim, se de fato foi celebrado acordo entre as partes, caberia à própria apelante requerer, ao Juízo da execução, a expedição de ofício aos órgãos de proteção ao crédito, informando sobre a mencionada avença, para a exclusão do registro negativo que lhe foi imposto.

Contudo, o ônus de excluir a inscrição do nome da apelante, dos mencionados cadastros, não competia à apelada, pois não foi ela a responsável pela sua inclusão, decorrente de uma providência automática do convênio existente entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e as entidades de proteção ao crédito (Provimento CGJ nº 8.232/88).

Neste sentido, vale lembrar os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.** Inscrição e manutenção do nome do autor nos cadastros restritivos em razão de ação monitória. Pagamento realizado a destempo não impediu o ajuizamento da ação monitória, fato que acarretou a inscrição do nome do autor nos órgãos de restrição ao crédito. Inscrição decorrente de convênio entre TJSP e órgãos de proteção ao crédito. Ré não foi o responsável pela inscrição do nome do autor nos cadastros de restrição ao crédito. Inexistência de responsabilidade pela exclusão da anotação. Existência de outros apontamentos. Ausência de dano moral passível de indenização. Súmula nº 389 do STJ. Ação improcedente. Recurso improvido." (Apelação nº 0011451-84.2011.8.26.0568, Relator Desembargador Erson de Oliveira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. em 25/07/13).

"**APELAÇÃO AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - SERASA** - Indevida inclusão do CPF do autor em cadastro de inadimplentes, em decorrência de ajuizamento de execução da qual não foi parte - Informações cadastradas no banco de dados da ré que foram encaminhados pelo cartório distribuidor - Anotação de pendência de ação executiva nos termos do convênio firmado entre o Tribunal de Justiça e órgão de proteção ao crédito - Inexigibilidade de notificação prévia - Ausência

Acesso ao Sumário

de conduta ilícita por parte da ré - Danos materiais e morais não caracterizados - Indenização indevida - Ação improcedente - Sentença mantida pelos próprios fundamentos - Art. 252 do Regimento Interno do TJSP - Apelo improvido." (Apelação nº 9113900-27.2008.8.26.0000, Relator Desembargador Salles Vieira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. em 23/03/13).

Por conseguinte, não ficou configurada, na espécie, a responsabilidade da ré pelo evento danoso descrito na petição inicial. Bem por isso, mostra-se incabível a pretendida indenização a título de dano moral.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, ficando prequestionada toda a matéria alegada nas razões recursais, para fins de interposição de recurso perante as Cortes Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0214658-56.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A..

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. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20095)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

DIMAS CARNEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS A EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - REGULARIZAÇÃO REGISTRAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA - ATO ADMINISTRATIVO ESSENCIAL - AUSÊNCIA DE REGULAR CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA - APELO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Embargos a execução baseada em cédula de crédito bancário. A embargante

Acesso ao Sumário

sustenta que não pode ser executada como avalista do débito representado pelo título exequendo porque, após a constituição do empréstimo, a empresa garantidora converteu-se de sociedade por cotas em sociedade anônima, sem providenciar oportuno registro dessa conversão no órgão competente.

Resistiu o embargado sustentando validade da garantia prestada anteriormente à conversão da sociedade embargante e invocando as teorias organicista e da aparência.

Julgaram-se procedentes os embargos.

Em apelação o embargado insiste na procedência da execução, pelos mesmos termos da impugnação dos embargos.

Recurso respondido.

É o relatório.

A exigência da regularização registral de sociedade anônima resultante de conversão de sociedade cotista não é simples formalidade que possa ser suplantada, mas ato administrativo essencial, uma vez que as obrigações da sociedade fechada pode envolver apenas os seus sócios cotistas, ao passo que a sociedade de capital aberto pode estender reflexos, ainda que indiretos, de suas obrigações a adquirentes de ações acessíveis livremente ao mercado.

Dessa forma, a garantia prestada por sociedade anônima resultante de conversão não averbada no órgão competente não tem validade perante terceiro ao qual resta discutir o seu crédito com sócios gestores responsáveis pela irregularidade de contratação da dívida.

Nesse sentido:

"9169578-32.2005.8.26.0000 Apelação Sem Revisão

Relator(a): Armando Toledo

Comarca: Cabreúva

Órgão julgador: 31ª Câmara do D.SEXTO Grupo (Ext. 2° TAC)

Data do julgamento: 18/10/2005

Data de registro: 25/10/2005

Outros números: 907632200

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMBARGOS A EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA JUCESP. RESPONSABILIDADE MANTIDA. RECURSO PROVIDO. Certo é que, a alteração contratual não registrada na Junta Comercial não tem validade entre os sócios nem contra terceiros, conforme o disposto no artigo 1°, J, da Lei n° 8.934/94. Desta forma, não pode o Embargante eximir-se da responsabilidade vê (sic) que o contrato não foi devidamente registrado."

Acesso ao Sumário

Emerge assim acerto da r. sentença da lavra do eminente Juiz Sergio da Costa Leite que adiante se transcreve:

"VISTOS, FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE

PROJETO S.A. ofertou perante este Juízo os presentes embargos à execução em face do BANCO SANTANDER S.A., a alegar que a cédula de crédito bancário objeto da execução, emitida em 20.07.2010, decorreu de novação de dívida, oriunda de empréstimo efetuado pela empresa N3M em 24.06.2008, no valor de R$ 8.000.000,00. Ela embargante figurou como garantidora de tais dívidas. A solidariedade prestada por ocasião do primeiro empréstimo não está em conformidade com o ordenamento jurídico. Aos 28.03.2008 a embargante foi transformada em sociedade por ações, realizando-se o respectivo registro da ata e do estatuto social no 4º Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas aos 17.06.2008 e na Junta Comercial aos 05.08.2008. O contrato foi firmado como se ela embargante ainda fosse uma sociedade limitada, sem a observância dos requisitos inerentes às sociedades anônimas. O embargado tinha ciência da natureza dela embargada, tanto que foram dadas em penhor ações de sua emissão. Para assumir a obrigação solidária seria necessária aprovação do Conselho de Administração, nos termos do artigo 17, alíneas "a" e "b" do Estatuto Social. Tratando-se de negócio entre a embargante e acionista (N3M), seria também necessária aprovação da assembleia geral (artigo 7º, parágrafo 1º, alínea "g"). Supostamente tal assembleia teria se realizado aos 23.06.2008, mas a mesma é nula, já que não houve convocação dos acionistas; lista de presença; registro da ata na Junta Comercial; e publicação da ata. O embargado não se acautelou, deixando de exigir a comprovação de todos os requisitos necessários. As ações entregues em garantia (penhor), ainda, não se encontravam quitadas pela devedora principal "N3M", não integrando o patrimônio da mesma. Tal empresa, inclusive, pagou apenas a entrada para aquisição das ações, deixando de pagar as parcelas subsequentes. Quando celebrada a novação, que ensejou a emissão da cédula de crédito bancário executada, havia litígio no Juízo Arbitral entre os vendedores das ações e a empresa "N3M", justamente relacionada ao inadimplemento, sendo favorável aos primeiros a decisão proferida. Como se tal não bastasse, nos termos do artigo 17, alínea "c", do Estatuto Social, como a entrega das ações em garantia poderia alterar a estrutura acionária da embargante, para a concretização de tal ato seria necessária aprovação do Conselho de Administração. É certo que, conforme termo de acordo de acionistas, realizado aos 23.06.2008, a devedora principal "N3M" estava em tese autorizada a dar em garantia as ações, em empréstimo que visasse justamente a obtenção de recursos para a aquisição das mesmas, mas tal providência deveria ser aprovada em assembleia geral, mesmo ausente previsão neste sentido, já que se trata de fato de interesse da sociedade e não dos acionistas. O termo de acordo de acionistas não enseja efeitos perante terceiros. Tal termo de acordo previa também a necessidade de adesão do credor aos seus termos, para que pudesse gerar efeitos, não havendo manifestação do embargado neste sentido. A cédula de crédito bancário executada também é nula de pleno direito, já que apresenta as mesmas

Acesso ao Sumário

irregularidades na sua constituição. Quando firmada (julho de 2.010), a devedora principal estava totalmente inadimplente com o pagamento das parcelas relativas à compra das ações, que venceram entre outubro de 2.008 e dezembro de 2.009. Desde maio de 2.009, inclusive, a questão já era debatida no Juízo Arbitral, fato este de conhecimento do embargado. Em relação ao penhor de ações de emissão dela embargante, em 1º e 2º graus, não foi emitido o respectivo instrumento. Em relação à cédula originária, inclusive, havia sido emitido apenas o instrumento relativo ao penhor de ações em 2º grau, o qual foi anexado como se tivesse relação com a segunda cédula. O próprio registro do penhor foi realizado no livro de registro de ações nominativas apenas aos 31.03.2011, com data retroativa de 24.06.2008. Ciente do litígio perante o Juízo Arbitral, o embargado e a devedora principal visaram dar falsa aparência de legalidade ao inexistente. As mesmas ações, inclusive, já haviam sido penhoradas junto à Egrégia 37ª Vara Cível local, em ação de execução da sentença arbitral. A novação, na verdade, não ocorreu, já que houve apenas a alteração da denominação do credor, diante da incorporação do credor originário pelo embargado. Houve na verdade conluio entre a devedora originária e o embargado, para maquiar finalidade ainda não identificada, já que este último nega acesso dos atuais representantes da embargante às contas bancárias e às operações com o mesmo. Foram previstas também outras garantias, relacionadas à "constituição de trava de domicílio bancário de contratos a performar" e ao "penhor de direitos creditórios". Para cumprir a formalidade da "trava", foi aberta em nome da embargante a conta 0.002189-1 na agência 1616 do Banco Real, a qual passou a receber os créditos da mesma. Entre dezembro de 2.008 e novembro de 2.009 tal conta recebeu crédito de ao menos R$ 5.748.756,45, o qual deveria ter sido utilizado para pagamento de parcelas não adimplidas pela devedora principal. O embargado se recusa a informar os créditos recebidos entre 2.010 e maio de 2.011, quando os atuais administradores assumiram o comando da embargante. Incompreensível a não utilização do saldo da conta para quitação das parcelas inadimplidas. Valores existentes em tal conta, inclusive, foram transferidos para a conta da devedora principal "N3M", sem providências para débito das prestações. Também não se compreende como a dívida original, de R$ 8.000.000,00, após o pagamento de poucas parcelas, tenha ensejado novação no valor de R$ 7.153.846,29, dois anos depois. Os cálculos anexados não indicam de forma suficiente o valor total devido. O embargado inclusive se recusou a apresentar extratos relativos a todo o período, impedindo a demonstração exata de excesso de execução. Em nenhum momento a embargante, como coobrigada, foi informada acerca da suposta inadimplência da devedora principal. O embargado, como já dito, não providenciou o débito de valores inadimplidos em conta dela embargante, sendo que deveria ter adotado a mesma providência em relação à devedora principal, que transferiu recursos da conta da

Acesso ao Sumário

embargante para a própria. Quando da realização de auditorias externas, em 2.009 e 2.010, o embargado informou expressamente a inexistência de dívida relativa à cédula de crédito bancário (31.12 de 2.009 e 2.010). Todos os elementos supra confirmam a quitação do débito originário, tendo havia uma negociação fraudulenta entre a devedora originária e o embargado, visando compelir a embargante a pagamentos não devidos. Pretende, destarte, em suma, a extinção da execução. Com a inicial vieram os documentos de folhas 60/472. A decisão de folha 473 indeferiu o pleito de diferimento do recolhimento das custas processuais, tendo sido objeto de agravo de instrumento (folhas 502/519), ao qual foi negado provimento (folhas 887/889 e 916/918). Providenciou a embargante o recolhimento das custas processuais (folhas 548/549). A decisão de folha 559 negou efeito suspensivo à execução, tendo sido objeto de novo agravo de instrumento (folhas 623/642). O embargado apresentou impugnação a alegar ter a empresa "N3M" se tornado controladora da embargante aos 23.06.2008. Para a aquisição das ações efetuou empréstimo junto a ele embargado, sendo autorizada, através de acordo de acionistas, a dar em garantia as respectivas ações. Assim procedeu, ensejando a emissão da cédula de crédito bancário. O aval concedido foi aprovado pela assembleia geral, órgão supremo da embargada. A cédula de crédito bancário foi emitida em conformidade com o registro então existente da embargante, ou seja, de sociedade limitada, já que a transformação em sociedade anônima, inobstante já deliberada, foi registrada posteriormente, como admitido na inicial. Na assembleia em que aprovado o aval estiveram presentes todos os acionistas com direito de voto, o que dispensa a prévia convocação. A embargante não anexou o livro de presença, para demonstrar não ter sido assinado na ocasião. Tal livro, ainda, visa a comprovação do quórum exigido para a instalação da assembleia, donde, presentes todos os acionistas com direito a voto, não há dúvidas quanto a tal questão. A validade da deliberação da assembleia não depende do registro e da publicação da ata. Tais providências visam apenas ensejar eficácia perante terceiros de boa-fé. A própria embargante não pode se beneficiar da ausência de registro. A embargante não é titular das ações dadas em penhor, donde não pode se insurgir em face do mesmo. Concretizada a penhora das ações nos autos principais, a discussão relativa a tal questão perdeu o objeto. A propriedade de bens móveis é transferida com a tradição, concretizado com o registro no livro de ações da companhia. Praticado tal ato, nada impedia que as ações fossem dadas em garantia. Os próprios antigos proprietários das ações, no feito que tramita perante a 37ª Vara Cível local, penhoraram as referidas ações, reconhecendo serem de titularidade da devedora "N3M". Como proprietária, a "N3M" poderia dispor livremente das ações, observando apenas a preferência dos demais acionistas. O acordo de acionistas, ainda, autorizou o referido penhor. O Banco Santander, conforme previsto na cláusula 7.7, não precisava se comprometer a respeitar o acordo de acionistas. A novação

Acesso ao Sumário

não implicou em aumento da responsabilidade da embargante, tendo sido apenas e tão somente alterada a denominação do credor, diante da incorporação do originário. O valor do débito permaneceu o mesmo. Inocorrendo novo endividamento, não era necessária aprovação da assembleia ou do conselho de administração. Não era necessária a elaboração de instrumento de penhora, já que o contrato já contém todos os requisitos do artigo 1424 do Código Civil. A constituição do penhor se dá com o registro no livro de ações da companhia, o que ocorreu. Reiterou que tal discussão não se justifica, diante da penhora realizada nos autos principais. Não ocorreu o pagamento do débito, sendo injustificada a alegação de que tal seria presumível. A embargante deveria comprovar o pagamento. Não é verdadeira a informação de que não teria ocorrido qualquer pagamento em 02 (dois) anos. O valor originário era de R$ 8.000.000,00, enquanto por ocasião da novação foi indicado o débito de R$ 7.153.846,29, justamente diante das amortizações realizadas. A informação prestada às empresas de auditoria referia-se a débitos da embargante como tomadora de empréstimo, e não relativos a contratos em que figurava como garantidora (folhas 560/581). Anexou os documentos de folhas 582/619. A réplica está às folhas 647/693, tendo sido instruída com os documentos de folhas 694/755. Manifestou-se a ré em tréplica (folhas 923/935), anexando os documentos de folhas 936/944. Novas manifestações das partes estão às folhas 952/965 e 968/971. É O RELATÓRIO. FUNDAMENTO E DECIDO. A hipótese é de julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Neste passo, os presentes embargos são improcedentes, não havendo como se reconhecer ter a embargante assumido, de forma regular, a obrigação solidária pelo pagamento das cédulas de crédito bancário. A reunião que ensejou a transformação da embargante de sociedade limitada em sociedade por ações foi realizada no dia 28.03.2008 (folhas 216/222), restando na ocasião aprovado o estatuto da companhia (folhas 224/242). O registro de tal reunião junto ao 4º Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas foi providenciado apenas no dia 17.06.2008 (folha 216), enquanto na Junta Comercial tal registro ocorreu aos 05.08.2008 (folha 246). O artigo 94 da Lei de Sociedade por Ações dispõe que nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos. No mesmo sentido, ainda, o artigo 45 do Código Civil, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Complementam os artigos 1150 e 1151 e seu parágrafo 2º, do Código Civil, determinando que a sociedade empresária se vincula ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais. Os documentos necessários ao registro devem ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos, sendo que, se realizado o registro além de tal prazo, somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão. Da mesma forma dispõe os artigos 32, inciso II e 36, da Lei

Acesso ao Sumário

8.934, de 18.11.1994, que disciplinam que os documentos relativos à constituição da sociedade deverão ser apresentados a arquivamento na Junta dentro de trinta dias, contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder. Conforme ensina Pontes de Miranda, no consagrado Tratado de Direito Privado o efeito constitutivo da personalidade, que tem o registro, é inegável, eis que não há pessoa jurídica da sociedade por ações, nem das outras sociedades de direito privado, se não houve o registro. A entidade jurídica, personificada, passa a existir entre as outras entidades jurídicas. Antes do registro a sociedade por ações não é sujeito de direito: os contratantes quiseram introduzir no mundo jurídico a pessoa jurídica, mas, antes do registro, apenas criaram a sociedade por ações (Tomo L, parágrafo 5.3033-2, página 62). Assim, somente com o registro na Junta Comercial passa a sociedade anônima a efetivamente existir no mundo jurídico, podendo praticar atos inerentes às suas atividades. Daí decorre que, entre a constituição da companhia e sua personificação ocorre um intervalo em que saíram de cena os fundadores e entraram os primeiros administradores eleitos, mas sem que possa a sociedade, ainda privada de capacidade jurídica, entrar a funcionar. O contrato plurilateral de constituição da companhia ficou concluído (fase conclusiva). O que falta não é elemento dele, ou seja, o registro. Nesse intervalo, devem os administradores eleitos praticar tão somente os atos de organização da companhia e preparatórios para que entre a empresa a funcionar tão logo deferido o arquivamento de seus atos constitutivos no Registro de Comércio (José Waldecy Lucena Comentário à Lei Das Sociedades Anônimas página Editora Renovar Volume I artigos 1º a 120 1009 - página 898). Como se vê, diante das datas supra mencionadas, a embargante passou a existir como sociedade anônima, podendo praticar atos com tal qualidade apenas e tão somente em 05.08.2008 (folha 246). Antes de tal data, não podendo praticar de forma regular atos, não é possível admitir como válida a garantia assumida. O próprio embargado, aliás, demonstra ciência de tais circunstâncias, tanto que mencionou na cédula de crédito bancário que a embargante ainda seria uma sociedade limitada (folha 67). Concomitantemente, de forma inexplicável, realizou o embargado verdadeira miscelânea de situações, recebendo por exemplo em garantia também "ações" da embargante. Tratando-se de hipótese de conversão da natureza da empresa, até o registro na Junta Comercial deveria ter a mesma prosseguido como sociedade limitada, sendo que o embargado no mínimo deveria ter providenciado para que os sócios que constavam como representantes da sociedade limitada também firmassem o contrato, evitando discussões futuras. A garantia, pois, não foi prestada de forma válida. E mesmo se admitíssemos como possível a prestação da garantia como sociedade anônima, os requisitos necessários não teriam sido observados. O artigo 17 e suas alíneas do Estatuto da embargante prevê

Acesso ao Sumário

que a celebração de contratos com valor superior a R$ 5.000.000,00, bem como assunção de compromissos que possam ensejar alteração da estrutura acionária, dependeriam de deliberação do Conselho de Administração. Nada, em absoluto, há neste sentido. Do mesmo modo, conforme admitido por ambas as partes, a aprovação de negócio firmado entre a embargante e acionistas, relativa à garantia prestada, dependeria de aprovação da assembleia geral (artigo 70, parágrafo primeiro, alínea "g") folha 227. Inexiste prova da regular comprovação de convocação de tal assembleia. Conforme determina o parágrafo primeiro do artigo 60 do Estatuto, a assembleia geral deveria ser convocada com no mínimo 8 (oito) dias de antecedência, se em primeira chamada, e 5 (cinco) dias de antecedência, se em segunda chamada. Apesar de referir a ata de folhas 243/244 que a convocação teria sido levada a efeito, conforme dito acima, nada de concreto há neste sentido. José Waldecy Lucena, na obra supra referida (Volume II artigos 121 a 188 página 46), aponta com propriedade que a convocação para a assembleia é direito essencial do acionista. Do status socii decorrem, para todo e qualquer sócio, não importa se majoritário ou minoritário, dois direitos essenciais e interligados, quais o de fiscalizar os negócios e a administração sociais e o de participar das deliberações sociais. Assim, a falta de convocação de um sócio, mesmo se minoritário, torna anulável a assembleia, que somente será considerada regular e sanado o vício se todos os acionistas se fizerem presentes (art. 124, § 4º). Nem se diga que a presença de todos os acionistas votantes bastaria para suprir a convocação dos demais, conforme mencionado pelo mesmo autor, ao citar importante passagem da obra A Lei das S.A., de Alfredo Lamy e José Luiz Bulhões Pedreira: O argumento de que a deliberação em assembleia não tem significação prática quando há maioria pré-constituída é improcedente e revela desconhecimento da função do procedimento de deliberação coletiva como instrumento de proteção das minorias. Assim, se prevalecesse a tese de que a deliberação por maioria pode ser validamente tomada sem convocação de Assembleia Geral nem qualquer outro procedimento de formação de vontade social, na hipótese de sociedade em que um dos sócios detém a maioria absoluta dos votos, qualquer decisão individual do sócio majoritário seria imputável a todo o grupo social, como se fosse deliberação coletiva. Todos os atos que, de acordo com a lei, o estatuto ou contrato social, dependem de deliberação dos sócios, passariam a ser decididos exclusivamente pelo sócio majoritário, sem sequer informar suas decisões aos demais sócios. O estatuto ou contrato social poderia ser modificado por ato unilateral do sócio majoritário e os outros sócios somente tomariam conhecimento da modificação acompanhando no órgão oficial as publicações do Registro do Comércio ou periodicamente requerendo certidão a esse Registro. Na prática, ficariam excluídos de qualquer participação na vida social, a não ser na medida em que se dispusessem a estar permanentemente em Juízo pleiteando informações ou buscando exercer seus direitos de fiscalizar e

Acesso ao Sumário

participar das deliberações sociais (Editora Renovar, 1992, p. 660)". (página 46). A ausência de regular constituição da garantia, portanto, é suficiente para afastar a responsabilidade da embargante pelo pagamento do débito objeto da execução, restando desnecessárias outras análises. Inadmissível que o embargado, contando com combativo departamento jurídico, tenha realizado negócio absolutamente confuso e sem cautelas específicas, devendo arcar com as consequências decorrentes. Considerando que a segunda cédula de crédito bancário, objeto da execução, apenas, conforme mencionado pelo próprio embargante, confirmou a primeira, alterando o credor diante de incorporação e atualizando a situação existente, tendo em vista os pagamentos realizados, também é alcançada pelo vício de origem. Por fim, nem se diga que a embargante estaria a se beneficiar da própria torpeza, já que o numerário mutuado não ingressou em seus cofres, tendo na verdade circulado entre sócios/acionistas, diante justamente da transferência de cotas/ações. Ante o exposto, julgo procedentes os presentes embargos à execução ofertados por FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A. em face do BANCO SANTANDER S.A., e em consequência reconheço a inexigibilidade do crédito objeto dos autos principais em relação à ora embargante. Arcará o embargado com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, que arbitro no valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor dos embargos, a ser corrigido monetariamente pelos índices constantes da Tabela de Atualização do Tribunal de Justiça deste Estado desde o ajuizamento (novembro de 2.011) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a presente data. Tratando-se de condenação líquida, o pagamento da verba honorária deve ocorrer em até 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado, sob pena de incidência da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil. P.R.I. São Paulo, 22 de abril de 2013." (fls. 975/983).

Em face do exposto voto pelo desprovimento do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002251-56.2013.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante GERALDO TEMOTEO DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A.

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 30633)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 7 de abril de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Ação revisional - Contrato de financiamento - Julgamento com base em casos idênticos.

Segundo o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, é de ser reconhecida a manifesta improcedência de demanda que verse sobre casos idênticos julgados no mesmo Juízo e cuja matéria controvertida seja estritamente de direito.

Preliminar de cerceamento de defesa repelida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença que, com fundamento no artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente a ação revisional de "contrato de financiamento de bens e/ou serviços - pessoa física".

Suscitando, preliminarmente, cerceamento de defesa caracterizado pelo julgamento antecipado da lide, aduz o recorrente que a sentença, da forma em que proferida, não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa. Requer, a final, o "regular processamento do feito".

Recurso bem processado, respondido e isento de preparo por ser o recorrente beneficiário da gratuidade processual.

É o relatório.

Perfeitamente cabível a incidência ao caso do disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, que dispõe, *verbis*: "*Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.*"

Bem por isso, o MM. Juiz sentenciante, analisando as pretensões deduzidas na petição inicial, que se restringiram à pratica abusiva de juros e do chamado "anatocismo", amparado em referido dispositivo legal, reconheceu a manifesta improcedência da ação, tomando por base outros precedentes emanados em casos idênticos, ou seja, o julgamento das ações repetitivas.

Conforme ensina LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, "*Tal instituto busca eliminar a possibilidade da propositura de*

Acesso ao Sumário

ações que objetivem pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais, tomadas em 'casos idênticos'.

É racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre a qual o juiz firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para obtenção de decisão a respeito de 'caso idêntico' ao já solucionado. Nesta perspectiva, o 'processo repetido' constitui formalismo desnecessário, pois tramita somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo."[1]

Ressalta-se, ademais, que se o autor, inconformado com o resultado da lide, intentava a reapreciação de seus pedidos, haveria de devolvê-los a esta Corte de forma fundamentada, não se admitindo recurso assim formulado, com simples pretensão de retorno dos autos à fase de dilação probatória sem qualquer justificativa plausível.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0070041-29.2009.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado ARLINDO CONTIN (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em 23ª 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 18391)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Ilícito extracontratual - Denunciação da lide à empresa que deu em garantia fiduciária veículo de propriedade de terceiro, no caso em tela, do autor - Inadmissibilidade

Acesso ao Sumário

1 LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART. ***Curso de Processo Civil - volume 2 - Processo de Conhecimento*** - 6ª edição. Editora dos Tribunais. pág. 97.

- Art. 70, III, do CPC - Inexistência do dever da empresa denunciada, legal ou contratual, de indenizar o banco réu e denunciante pelos prejuízos que este possa vir a suportar com o resultado da ação proposta pelo autor - Banco réu e denunciante que, na contestação, assim como nas razões recursais, tentou atribuir exclusivamente à empresa denunciada a responsabilidade pelo indevido gravame incidente sobre o veículo do autor - Ausência de denunciação, ademais, que não ocasiona a perda do direito de regresso ou de indenização - Denunciação da lide indeferida.

Responsabilidade civil - Ilícito extracontratual - Veículo do autor que foi gravado imerecidamente com cláusula de alienação fiduciária, inserida em contrato de empréstimo, celebrado entre o banco réu e a empresa que lhe havia vendido o aludido bem - Banco réu que não verificou se os veículos dados em garantia eram de titularidade da empresa mutuária - Banco réu que onerou, de modo injustificado, veículo do autor, que não participou do indigitado contrato de financiamento - Evidenciados o dano moral puro e o dever do banco réu de indenizar o autor.

Dano moral - "Quantum" - Valor da indenização que deve ser fixado com base em critério de prudência e razoabilidade, levando-se em conta a sua natureza penal e compensatória, bem como as peculiaridades do caso concreto - Manutenção do valor indenizatório de R$ 5.000,00, equivalentes a, aproximadamente, quatorze salários mínimos vigentes (R$ 724,00) - Parcial procedência da ação mantida - Apelo do banco réu e apelo do autor desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Arlindo Contin propôs ação de indenização por danos morais, de rito ordinário, em face de "Banco Safra S.A.", objetivando a condenação deste no pagamento da importância de R$ 165.060,00 (fls. 2/13).

O MM. Juiz de origem deferiu em parte o pedido de tutela antecipada formulado na inicial (fl. 12), apenas com o escopo de autorizar o licenciamento do veículo objeto da ação, "GM Corsa", de placas DFZ-1574, tendo ressaltado

que o deferimento da baixa do gravame incidente sobre o aludido bem importaria em irreversibilidade da medida, situação vedada no § 2º do art. 273 do CPC (fl. 23).

O banco réu ofereceu contestação (fls. 42/59), havendo o autor apresentado réplica (fls. 79/83).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fl. 87), o ilustre magistrado de primeiro grau considerou a ação parcialmente procedente (fl. 89), para esses fins:

> "(...) condenar o réu a indenizar ao autor a importância de R$ 5.000,00, a título de danos morais, valor este acrescido de correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça a partir da publicação desta sentença, e de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (junho de 2008 - fl. 20) - Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça" (fls. 89/90).

A digna autoridade judiciária sentenciante condenou o banco réu, sucumbente, no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação (fl. 90).

Inconformado em parte com a sentença proferida, o autor interpôs, tempestivamente, apelação (fls. 92/93), aduzindo, em síntese, o seguinte: o banco réu foi o responsável pela inclusão indevida de gravame, em junho de 2008, sobre veículo de sua propriedade, adquirido em outubro de 2007; o banco réu recebeu o indigitado veículo em garantia de empréstimo celebrado com a empresa que já o tinha alienado a ele; o banco réu atuou com negligência; o "quantum" indenizatório deve ser majorado, eis que não atinge nem sequer o valor do veículo objeto da demanda; o valor arbitrado mostrou-se incapaz de punir o ofensor para que não reincida no mesmo erro; o indevido gravame restringiu o seu direito de propriedade; a indenização há de ser estabelecida em montante não inferior ao valor do veículo (fls. 94/99).

O recurso do autor foi recebido no duplo efeito (fl. 100), não foi respondido, não havendo sido preparado, por ser ele beneficiário da justiça gratuita (fl. 35).

O banco réu, por seu turno, interpôs, de modo tempestivo, apelação (fl. 101), alegando, resumidamente, que: deve ser acolhida a denunciação da lide à empresa "Covenac Comércio de Veículos Nacionais Ltda.", que lhe deu em garantia o veículo vendido ao autor; atuou com lisura e lealdade; assim que procurado pelo autor, em trinta dias, ou seja, em 27.10.2009, conforme prometido, retirou o referido gravame; celebrou com a empresa denunciada, em 29.1.2008, empréstimo bancário, por meio do qual foram dados em garantia fiduciária oitenta veículos, dentre eles o veículo do autor; a denunciada agiu com ilicitude, sendo a única responsável pelo gravame, conseguintemente, pelo evento narrado na inicial; não deu causa aos danos morais alegados pelo autor; a situação vivenciada pelo autor refletiu mero aborrecimento, não indenizável;

Acesso ao Sumário

o gravame foi retirado antes mesmo de o autor ajuizar a ação; o veículo foi mantido na posse do autor; como o autor postulou indenização de mais R$ 150.000,00, a fixação em R$ 5.000,00 implicou a sua sucumbência, devendo arcar com os ônus dela decorrentes (fls. 102/120).

O recurso do banco réu foi recebido no duplo efeito (fl. 125), foi respondido (fls. 130/135), havendo sido preparado (fls. 121/123, 127).

É o relatório.

2. O apelo manifestado pelo banco réu não comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Não deve ser aceita a pretendida denunciação da lide à empresa "Covenac Comércio de Veículos Nacionais Ltda.", formulada pelo banco réu na contestação (fl. 44).

Como destacado na sentença recorrida:

> "(...) admitida que fosse, haveria, nos autos, a introdução de fundamento novo, estranho à lide principal, qual seja, a relação jurídica material travada entre o banco e a empresa 'Covenac'.
>
> (...).
>
> De qualquer modo, a denunciação pretendida é desnecessária à satisfação do direito do prejudicado e sua ausência não afasta a superveniente postulação do banco na via própria (REsp nº 163.096-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira)" (fls. 86/87).

Realmente, conforme preceitua o art. 70, inciso III, do CPC, apenas é admissível a denunciação da lide nas hipóteses de garantia automaticamente resultante da lei ou do contrato, sendo proibida a intromissão de fundamento novo, não constante da ação originária.

No caso em tela, não há o dever da empresa "Covenac Comércio de Veículos Nacionais Ltda.", legal ou contratual, de indenizar o banco réu e denunciante pelos prejuízos que este possa vir a suportar com o resultado da ação proposta pelo autor.

Tanto assim que o banco réu, na contestação (fl. 45), bem como nas razões recursais (fl. 106), tentou atribuir exclusivamente à mencionada empresa denunciada a responsabilidade pelo indevido gravame incidente sobre o veículo do autor.

O entendimento aqui esposado foi perfilhado, em hipótese semelhante, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Se o denunciante intenta eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro, não há como dizer-se situada a espécie na esfera da influência do art. 70, III, do CPC, de modo a admitir-se a denunciação da lide, por isso que, em tal hipótese, não

Acesso ao Sumário

se divisa o direito de regresso, decorrente de lei ou de contrato" (RSTJ: 53/301, Rel. Min. COSTA LEITE).

Ademais, a ausência de denunciação na espécie não ocasiona a perda do direito de regresso ou de indenização.

A esse respeito, precisos são os seguintes escólios de CELSO AGRÍCOLA BARBI:

"(...) a falta da denunciação da lide nos casos dos itens II e III daquele artigo [art. 70] não leva à perda do direito de indenização ou de regresso; apenas impede que esse direito seja exercido no processo onde deveria ter sido feita a denunciação, de modo que ele só poderá ser reclamado em processo posterior" ("Comentários ao código de processo civil", 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, nº 407, ps. 253-254).

2.2. No que tange ao mérito da demanda, restou demonstrada, de forma suficiente, a imerecida inserção pelo banco réu, em 18.6.2008 (fls. 20, 63), de gravame de alienação fiduciária, derivado de contrato de empréstimo celebrado entre ele a empresa "Covenac", em 29.1.2008 (fls. 64/68), incidente sobre veículo de propriedade do autor, adquirido por este em 3.7.2007 (fl. 17).

Consoante estampado na sentença combatida:

"(...) o requerente comprovou que, quando do último licenciamento realizado, em 11.1.2008, não havia restrição financeira sobre seu automóvel. Logo, a restrição hostilizada, incluída pelo réu no sistema do 'Detran' em 18.6.2008 (fl. 63), dera-se de forma indevida, sem as cautelas exigidas para tanto.

De fato, o suplicado não trouxe ao feito qualquer prova que indique que, no momento da negociação de fls. 64 e seguintes, foi prudente o bastante para conferir a titularidade, pela mutuária, sobre os inúmeros veículos oferecidos por esta em garantia" (fls. 87/88).

Ora, cabia ao banco réu, quando da celebração do contrato de financiamento com a empresa "Covenac" (fls. 64/68), verificar se os veículos dados em garantia fiduciária eram de titularidade da mutuária.

Ao não fazê-lo, o banco réu onerou, de maneira injustificada, veículo de terceiro, isto é, do autor, que não participou do indigitado contrato de financiamento.

Acerca de tal tema, envolvendo o banco réu e a empresa "Covenac", já houve deliberações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais - Autor que teve seu veículo gravado como garantia de dívida firmada entre o banco réu e uma terceira empresa - Suplicante que não juntou qualquer documento que comprovasse que o automóvel em

Acesso ao Sumário

discussão não era de propriedade do autor, ônus que lhe cabia - Aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do risco - Caracterização do dever de indenizar pela conduta pouco zelosa do banco réu em aceitar como garantia de empréstimo bem pertencente a terceiros, que sequer participaram da contratação - Valor da indenização dos danos morais bem fixados - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso não provido" (Ap nº 0284866-45.2009.8.26.0000, de Campinas, 8ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. HELIO FARIA, j. em 15.8.2012).

"Recurso - Apelação - Bem móvel - Veículo automotor - Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos - Cobrança - Venda e compra de veículo automotor à vista, com registro imediato do bem em nome do consumidor nos órgãos de trânsito - Superveniência de negócio jurídico entre a vendedora e determinada instituição financeira com oferta do bem como garantia fiduciária, quando já não mais pertencia ao seu patrimônio - Inscrição indevida de intenção de gravame por parte da instituição financeira, que não se acautelou ao receber bem alheio como garantia - Imposição de obrigação de fazer às correqueridas (vendedora e instituição financeira), para que levantem a restrição indevida sobre o bem alheio - Reparação de danos morais devida, ante a privação indevida dos direitos plenos de propriedade - Redução, contudo, do 'quantum' reparatório fixado na sentença, para patamar mais equânime - Procedência - Sentença parcialmente reformada - Recurso de apelação em parte provido." (Ap nº 0065530-22.2008.26.0114, de Campinas, 25ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. MARCONDES D'ANGELO, j. em 6.2.2014).

Logo, não há como isentar o banco réu da responsabilidade pelo evento narrado na inicial (fls. 4/6).

2.3. Os danos morais, de idêntico modo, restaram nítidos.

O veículo do autor foi onerado por gravame decorrente de dívida que não contraiu, o que o impediu de licenciá-lo no mês de setembro de 2009 (fl. 3), tendo experimentado angústia e sofrimento passíveis de indenização em verba de dano moral.

Destarte, o autor faz jus à respectiva reparação.

3. O apelo articulado pelo autor, visando à majoração do valor da indenização (fl. 99), também não merece prosperar.

A reparação por danos morais há de ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere a sua natureza penal e compensatória.

A primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio. A segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação

Acesso ao Sumário

que atenue o dano havido.

Consoante assentado na jurisprudência, a reparação pecuniária não deve ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva (RT: 742/320; RJTJESP-LEX: 137/187; JTJ-LEX: 174/49).

Elucidou, por sinal, o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e a de compensar o sofrimento indevidamente imposto, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa" (AI nº 163.571- MG, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. em 9.2.1999, DJU nº 35-E, de 23.2.1999, p. 71).

O valor desse ressarcimento deve moldar-se pelo comedido arbítrio do juiz, adotada a técnica do "quantum" fixo, sem qualquer limitação.

Realce-se que não existem critérios determinados para a quantificação do dano moral.

O entendimento aqui exposto foi seguido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Civil - Responsabilidade civil - Dano moral - Indenização - Fixação.

Administrativo - Responsabilidade civil - Dano moral - Valor da indenização.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punir o ofensor para que não reincida.

2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula nº 7-STJ, pela valoração jurídica da prova.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido." (REsp nº 550.317-0-RJ, 2ª Turma, v.u., Rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 7.12.2004, in Boletim do STJ, nº 2/2005, ps. 26-27) (grifo não original).

Levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, mais precisamente, o grau de culpa do banco réu, o prejuízo moral ocasionado ao autor, a possibilidade econômica do ofensor e do ofendido, o fato de o banco réu

Acesso ao Sumário

ter providenciado a retirada do gravame a pedido do autor em um pouco mais de um mês (fls. 17, 63), justo o arbitramento da indenização em R$ 5.000,00, que, corrigidos nos termos da sentença atacada, acrescidos de juros moratórios lineares de 1% ao mês desde o evento danoso, em 18.6.2008 (fls. 63, 90), representam, atualmente, R$ 10.608,84, correspondentes a, aproximadamente, quatorze salários mínimos vigentes (R$ 724,00).

4. Nessas condições, nego provimento às apelações contrapostas pelo banco réu e pelo autor, mantendo, na íntegra, a sentença impugnada (fls. 85/90).

Persistem as verbas de sucumbência estatuídas no "decisum" (fl. 90), tendo em vista o disposto na Súmula 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça ("Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca").

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0604718-92.2008.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO – COSESP, é apelado NEIDE DAS GRAÇAS BEZERRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 23.478/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais. Invalidez permanente. Pagamento parcial. Relação de consumo. Ação de cobrança de valor complementar, julgada procedente em primeiro grau.

1. Não logrando a seguradora ré demonstrar que teria informado previamente a autora das condições negociadas para situações especiais, prevalece o quanto disposto na apólice acostada aos autos, que prevê valor único de capital segurado para o caso de invalidez permanente total ou parcial, sem estipular

teto ou indenização proporcional.

2. Inexistindo nos autos a comprovação de que a autora foi informada das condições gerais da apólice, e atentando-se ao direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos ou serviços, a segurada faz jus ao valor total do capital segurado.

3. Negaram provimento ao recurso.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial. (fls.02/07)

Síntese do pedido e da causa de pedir: ação de cobrança de seguro ajuizada por Neide das Graças Bezerra em face de Companhia de Seguros do Estado de São Paulo-Cosesp, alegando que a ré, em razão do contrato de seguro de vida e acidentes pessoais firmado entre as partes (apólice 1334-certificado 18193819), pagou, a título de indenização por invalidez decorrente de acidente de trabalho, quantia inferior à estipulada, pretendendo a autora a complementação do capital segurado.

Sentença. (fls. 164/168)

Resumo do comando sentencial: julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento do valor remanescente do capital segurado, de R$11.750,98. Rejeitou a defesa da ré, quanto à regularidade do pagamento de acordo com a tabela, asseverando o magistrado que não se comprovou ter a ré prestado o dever de informação satisfatoriamente à autora. Condenou a ré, ainda, aos encargos da lide, fixando honorária de 10% sobre o valor da indenização, devidamente atualizado.

Razões de Recurso. (fls.171/181)

Objetivo do recurso: insurge-se a ré contra a sentença condenatória, defendendo que o pagamento da indenização obedeceu estritamente ao quanto estipulado no contrato, o qual previa a aplicação da Tabela da Susep para fins de apuração do grau de invalidez, e, consequentemente, da indenização correspondente. Defende que não há qualquer irregularidade na contratação e que, por ocasião da contratação do referido seguro de vida, a autora recebeu as condições especiais do seguro contratado, que esclareciam, de forma clara e evidente, todos os requisitos e limitações do negócio firmado.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O recurso não vinga.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela ré, ***Companhia de***

Acesso ao Sumário

Seguros do Estado de São Paulo-Cosesp, contra a sentença que, nos autos da ação de cobrança de seguro ajuizada por ***Neide das Graças Bezerra***, julgou-a procedente.

As alegações da ré-apelante não se sustentam.

Defende a seguradora requerida que o pagamento da indenização, feito à razão de 52,5% do valor total do capital segurado, obedeceu ao quanto estabelecido no contrato, conforme cláusula das Condições Gerais da Apólice, que prevê o pagamento de acordo com a proporção da lesão.

Entretanto, a seguradora ré não comprovou que a autora tivesse ciência acerca da forma de pagamento da indenização.

Trata-se de contrato de adesão que envolve autêntica relação de consumo, sujeita, portanto, à sistemática protetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Esse diploma legal, em seu art. 6º, incisos III, IV e V, deixa clara a existência do direito à liberdade de escolha (produtos e serviços), que aqui tem sentido material, vale dizer, não basta que se assegure o respeito à autonomia da vontade, mas que o consumidor possua informações adequadas sobre o produto/serviço adquirido.

Na presente hipótese, a apólice juntada pela autora, que se vê em fls. 28, prevê cobertura para invalidez permanente ***total ou parcial*** por acidente correspondente ao capital segurado no valor de R$ 20.957,10 (vinte mil, novecentos e cinquenta e sete reais e dez centavos).

Aliás, observa-se da comunicação oficial do pagamento administrativo realizado (fls.23), assim como no recibo da indenização realizada na esfera administrativa (fls.24), que a própria seguradora menciona a apólice 1334/certificado 18193819 como sendo a apólice objeto do pagamento administrativo realizado, ou seja, é a mesma apólice indicada e apresentada pela autora na inicial (fls.28).

E, a apólice, mencionada na página 01 do livreto de fls.28, não traz qualquer menção ao fato de esse valor referir-se ao máximo indenizável; ao contrário, seus termos deixam claro que o valor do capital será o previsto - de R$ 20.957,10 -, tanto no caso de invalidez total ou parcial, sem estipular que a indenização será proporcional ao grau de invalidez.

Nesta Câmara assim já se decidiu, em situação idêntica:

> **"Seguro de vida e/ou acidentes pessoais - Diferença indenizatória - Apólice que previu cobertura em valor certo para invalidez parcial por acidente - Pagamento administrativo em valor mitigado, em observância a circular baixada pela Susep - Inadmissibilidade - Apólice não mencionou limitações de cobertura - Relação de consumo - Direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos ou serviços - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal**

Acesso ao Sumário

de Justiça do estado de São Paulo - Sentença mantida - Recurso improvido." - grifos nossos.

(Apelação com revisão nº 0003281-52.2009.8.26.0097, Rel. Des. Denise Andréa Martins Retamero, j. 27/02/2013)

Não é demais lembrar que as partes devem agir com boa-fé durante toda a vigência do contrato e a ré demonstra que se afasta desse princípio ao negar o pagamento do valor integral segurado.

A apólice, *in casu*, é muito simples e fácil de ser interpretada e revela que a ocorrência de qualquer evento lá descrito dá ensejo ao recebimento da indenização. Não é demais lembrar que as pessoas contratam seguros, pois pretendem receber uma indenização caso vivam algum infortúnio, mas no momento em que o triste evento ocorre, ao invés de contar com o pagamento devido de forma clara e cristalina, tem que se submeter a uma extenuante demanda judicial para ver o ser direito atendido.

Disto se conclui que os termos da contratação, conforme comprovado nos autos, apontam para a subsistência da pretensão de direito material deduzida na inicial, qual seja, a de que a autora faz jus ao valor total do capital previsto na apólice, pois a seguradora não logrou demonstrar que outro era o valor contratado e, se realizou somente o pagamento parcial na esfera administrativa, deve mesmo ser condenada ao pagamento da diferença devida.

Por estes fundamentos, a manutenção da sentença de procedência do pedido é de rigor.

3. *"Ex positis"*, **pelo meu voto, nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052115-45.2003.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO SUDAMERIS BRASIL S/A, é apelado FLÁVIA REGINA ASSUMPÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª 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 28.549)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), PAULO ROBERTO DE SANTANA e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

Acesso ao Sumário

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. Conta corrente. Envio de talonários de cheques ao domicílio da correntista. Extravio, com posteriores saques fraudulentos. Deficiência do serviço. Responsabilidade imputável à instituição financeira pelos danos à correntista. Súmula nº 479 do STJ. Ação declaratória de inexistência de dívida e de indenização por danos morais. Procedência decretada em primeiro grau. Apelação provida parcialmente apenas para redução do valor da compensação outorgada.

VOTO

Apelação da ré, nos autos do processo da ação declaratória de inexistência de débito e de condenação a indenizar por danos morais, reportadas a contrato bancário na modalidade de movimentação de conta corrente.

Bate-se a apelante pela reversão do decreto de procedência dos pleitos da adversária, sob o argumento de que o envio de talões de cheques a esta deu-se na forma usual, os quais, embora enviados ao domicílio desta a cargo de terceiro, no entanto foram recebidos pelo porteiro do prédio onde ela reside, como costumeiramente isso se dava. Com isso, tem que é a correntista a única responsável pelos cheques que diz terem sidos fraudulentamente sacados.

Tem ainda que é inaplicável o princípio da inversão do ônus de provas e não foi comprovado o dano moral, o que assim torna indevida a compensação sob esse título reclamada, a qual deve ser reduzida equitativamente, se for entendida como cabível, para evitar enriquecimento sem causa.

Recurso regularmente processado.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

Acesso ao Sumário

A apelante declarou na audiência de tentativa de conciliação que não tinha interesse na produção de outros meios de provas além daqueles realizados na fase postulatória, de modo que aceitou que a interpretação dos fatos da causa se desse com base nos elementos de convicção que os autos ofereciam.

Por força do enunciado nº 297 da súmula da jurisprudência pacificada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, o que, dentre outras coisas, autoriza a conclusão de que se aplica à hipótese o princípio da inversão do ônus de provas.

Logo, a dúvida acerca de fatos da causa deve militar em favor da apelada como correntista, de modo que se presume, no caso, na ausência de prova cabal

de que ela tivesse recebido pessoalmente os talões de cheques enviados ao seu domicílio pela apelante, que houve o extravio deles e sua apropriação por terceiros, por ato imputável a ela, apelante.

A partir de quando a apelada afirmou a falta de recebimento pessoal dos talonários de cheques, cumpria à apelante requerer os meios de provas que pudessem trazer convicção segura sobre o fato contrário, em razão do ônus que lhe cabia a esse respeito, e com isso afastar a presunção que já milita contra si por força do apontado princípio, tudo sem contar que já é cediço na jurisprudência que a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva e decorre do próprio fato do serviço, de modo que a insuficiência deste já gera por si só a presunção de má prestação e com ela a obrigação de indenizar se se sobrevém danos.

A esse respeito, aliás, tem-se o enunciado nº 479 da súmula da jurisprudência pacificada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Por isso mesmo não se beneficia a instituição financeira pela só alegação de que teria entregue os talonários de cheques ao porteiro do prédio onde mora a apelada e bem assim de circunstância de que isso se dera muitas vezes antes, para com tal assertiva pretender que se tenham os tais como recebidos por ela, de modo que o saque indevido seria atribuível à própria.

Enfim, a instituição financeira, como fornecedora, tem o dever de cuidado, cuja deficiência do serviço por si só já é presuntiva de omissão a tal respeito.

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça é farta no sentido de que o banco é responsável pela entrega segura de talonário de cheques ao correntista, de modo que ao optar por trazer facilidades à clientela como forma de publicidade, seja por envio através do correio seja por terceirizar o serviço, assume o risco da imperfeição da atividade se aquele é desviado (REsp 640196-PR, 3ª. Turma, rel. Ministro Castro Filho, REsp 332106-SP, 4ª. Turma, rel. Ministro Aldir Passarinho, REsp 685662-RJ, 3ª. Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi).

Como são óbvios os transtornos por que passou a apelada com tal sucesso, com a ocorrência de saques fraudulentos constantes, e com riscos de ser ofendida na sua honra em razão de protesto ou de averbação de seu nome em cadastro de inadimplentes, é inegável seu direito a ser compensada por danos morais, sem, contudo, ter cabimento a soma de R$51.000,00 estipulada em primeiro grau, que deve ser reduzida para R$15.000,00.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001603-13.2011.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que são apelantes ANDREA FABIANA FRANCO LANSONI (JUSTIÇA GRATUITA), GABRIELY FRANCO LANSONI (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e DANIELY FRANCO LANSONI (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado MARÍTIMA SEGUROS S/A.

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 20.303)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 16 de abril de 2014.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: SEGURO DE DANOS. Avarias substanciais, com a perda total de veículo automotor em acidente de trânsito, também com a morte do segurado. Abordagem para recebimento de cobertura relacionada ao veículo, cumulando pedido reparatório. Demora na liquidação do sinistro. Retardamento injustificado. Pleito de beneficiárias (viúva e filhas do segurado), também à busca de composição por dano moral. Juízo de parcial procedência. Recurso das autoras. Provimento.

VOTO

RELATÓRIO

Seguro de danos (avaria de veículo automotor em acidente de trânsito), demanda de beneficiárias (viúva e filhas de segurado), ação de cobrança, cumulando pedido reparatório (indenização por dano moral), juízo de parcial procedência (fls. 195/199), apelam as autoras, buscando a ampliação do espectro condenatório (reparação por dano moral).

Resposta recursal, a fls. 220/233.

Menores no polo ativo, parecer de ilustre Procurador de Justiça indica o

provimento do recurso (fls. 233/235).

FUNDAMENTAÇÃO

Veículo transferido à seguradora em 30 de março de 2010 (fls. 46), admitindo a ré que, em 07 de junho de 2010, já tinha em seu poder alvará judicial, expedido à viúva, inventariante, autorizando a liquidação da cobertura, em favor de herdeiras, beneficiárias (fls. 64), injustificada maior delonga, impondo desnecessário constrangimento às autoras, obrigadas a demandar em juízo.

Como pontuou ilustre Procurador de Justiça, Doutor João Lopes Guimarães Júnior, ***"No caso em exame, em que é evidente a ilicitude da omissão da ré, trata-se com efeito de inadimplência capaz de projetar consequências sobre direitos da personalidade que gozam de proteção legal, uma vez que as credoras são a viúva e as filhas menores de vítima de acidente fatal, importando considerar sua vulnerabilidade econômica, pois dependiam do de cujus.***

Assim, a recusa do pagamento, porque ocorreu em momento especialmente delicado da perspectiva emocional, logo após o falecimento do marido e pai das autoras, e porque prejudicou a combalida situação financeira da família, era apta a causar abalo moral, obrigando-as à propositura de ação e retardando o recebimento de indenização que era devida". (fls. 234/235).

Dano moral, sopesados a gravidade do ilícito, no contexto reportado, capacidade econômica da ré e caráter pedagógico da tutela, arbitra-se a quantia de dez mil reais (R$ 10.000,00), com correção monetária, da data deste julgamento, e com juros de mora, à alíquota de um por cento ao mês, desde a citação.

Dando causa à demanda, substancialmente vencida pelas autoras (relação contratual, com obrigação de pagamento relacionada à cobertura de seguro de danos, cumulando reparação por dano moral), da ré a sucumbência exclusiva, do que lhe cabe pagar despesas processuais, nesta rubrica honorária de patronos das autoras, arbitrada em vinte por cento do valor da condenação, atualizada.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, nos limites acima explicitados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045205-61.2009.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante JOÃO BENEDITO TUPY, é apelado TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP TELEFONICA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 34ª 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 20.027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Prestação de serviço. Telefonia fixa. Ação de repetição de indébito. Repasse de PIS e COFINS na fatura. Legalidade. Reconhecimento. Precedente do STJ em recurso repetitivo. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Trata-se de ação de obrigação de não fazer c.c. repetição de indébito ajuizada por João Benedito Tupy contra Telecomunicações de São Paulo S/A Telesp Telefônica.

O autor alega, em síntese, que é ilegal o repasse de PIS e COFINS efetuado pela ré nas faturas de consumo do serviço de telefonia, pelo que pede a repetição em dobro dos valores repassados.

A r. sentença de fls. 186/190, cujo relatório fica adotado, julgou improcedente o pedido.

Inconformado, apela o autor insistindo nas mesmas teses postas na inicial.

Recurso preparado, recebido e respondido.

É o relatório.

O recurso não vinga.

O STJ pacificou seu entendimento, mediante uso da técnica do recurso repetitivo, no sentido de que é legal o repasse aqui discutido (REsp. 976.836 - 1ª Sç.- Rel. Min. Luiz Fux - J. em 25.8.2010, m.v.), o que confere pertinência à solução proferida na r. sentença.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045473-08.2011.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado EZEQUIEL DA SILVA SANTOS.

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 31.068)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 7 de novembro de 2013.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO - PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA - DÉBITO DE VALORES NA CONTA CORRENTE EM RAZÃO DESSE FATO, SEM AUTORIZAÇÃO - INSCRIÇÃO DO NOME EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - MONTANTE ADEQUADO - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Declarando inexistentes débitos oriundos de cartão de crédito não solicitado, tampouco desbloqueado, a sentença condenou o réu em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo dano moral oriundo de indevida inscrição do nome em órgão de proteção ao crédito, corrigidos, com juros, custas, despesas e verba honorária de 10% do total.

Apelou o vencido. Inexistem irregularidades no contrato celebrado com o apelado, sendo legítimas as taxas de manutenção de cartão de crédito e de serviços bancários, não havendo que falar em dano moral. Diz ser exorbitante o valor arbitrado. Pede reforma.

Recurso tempestivo, preparado, não respondido.

É o Relatório.

A sentença deu solução adequada ao caso e merece subsistir por seus fundamentos, que passam a integrar o acórdão (Regimento Interno, art. 252).

Envio de cartão de crédito não solicitado, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial

Acesso ao Sumário

abusiva, contrária à boa-fé objetiva, violando frontalmente o disposto no art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (Resp nº 1.199.117/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 04.03.2013), além de configurar dano moral (REsp nº 1.061.500/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 20.11.2008; AgRg no ARESP nº 105.445/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 22.06.2012; Resp nº 514.358/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 03.05.2004).

Em sentido concordante há precedentes do Tribunal de Justiça/SP (Apelação nº 0002682-70.2011.8.26.0315, de Laranjal Paulista, Rel. Des. José Reynaldo, 12ª Câmara, j. 01.08.2012; Apelação nº 0023713-42.2011.8.26.0576, de São José do Rio Preto, Rel. Des. Pedro Ablas, 14ª Câmara, j. 19.09.2012; Apelação nº 0002833-24.2011.8.26.0028, de Aparecida, Rel. Des. Francisco Giaquinto, 13ª Câmara, j. 15.08.2012; Apelação nº 9228128-15.2008.8.26.0000, de Santos, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, 16ª Câmara, j. 15.05.2012; Apelação nº 0007956-92.2008.8.26.0291, de Jaboticabal, Rel. Des. William Marinho, 18ª Câmara, j. 19.06.2013; Apelação nº 0008945-69.2012.8.26.0223, de Guarujá, Rel. Des. Eduardo Siqueira, 38ª Câmara, j. 22.05.2013).

Agrava-o ainda mais debitar em conta corrente, sem autorização do correntista, taxas relativas a produtos e serviços não contratados, como é o caso do cartão (fls. 95).

É cediço que protesto de cambial ou inscrição indevida do nome em órgão de proteção ao crédito gera reparação **in re ipsa** por dano dessa natureza, independentemente da prova objetiva do abalo sofrido e de qualquer perquirição quanto à existência, também, de prejuízo patrimonial (REsp 332.622/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 11.11.02; REsp 323.356/SC, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 23.09.02; AgRg no REsp 216.673/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.10.01; REsp 285.854/PB, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27.08.01; REsp 51.158/ES, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 27.03.97; REsp 218.241/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 24.09.01; REsp 233.076/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28.02.00; AgRg no Ag 175.023/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 07.12.98).

Acesso ao Sumário

O valor fixado na sentença está em consonância com as peculiaridades do caso e bem inserido naquele aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça para ressarcimento do dano moral em hipóteses similares (REsp 527.414/PB, DJ 16.02.04; REsp 511.976/RO, DJ 16.02.04; REsp 480.498/MG, DJ 25.02.04; REsp 110.091/MG, DJ 28.08.00; REsp 294.561/RJ, DJ 04.02.02; REsp 218.241/MA, DJ 24.09.01; REsp 232.437/SP, DJ 04.02.02; REsp 296.555/PB, DJ 20.05.02), não comportando modificação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002153-80.2011.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante PATRÍCIA CRISTINA RICARDI (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelado ALTAMIR ANTÔNIO DE CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 32ª 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 15367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO ESTIMATÓRIO – Veículo vendido a terceiro - Necessidade de transferência da propriedade ao adquirente - Legitimidade do consignante para fazê-la junto ao DETRAN - Contrato que se aperfeiçoa com a tradição do bem - Adquirente que não pode ser prejudicado pela ausência de repasse do preço ao consignante. Sentença mantida. RECURSO não provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 73/77 julgou parcialmente procedente ação ordinária ajuizada por **ALTAMIR ANTÔNIO DE CARVALHO** para condenar **PATRÍCIA CRISTINA RICARDI** a entregar ao autor o certificado de registro de propriedade do veículo devidamente assinado e com firma reconhecida, sob pena de multa diária, compensados os honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca.

A ré apelou. Insiste na denunciação da lide à empresa Autillus Comércio de Automóveis Ltda., nos termos do art. 70, III, do CPC. Alega que não se trata de contrato estimatório nem de venda em consignação, uma vez que não foi previamente ajustado qualquer valor de venda do bem. Afirma que em nenhum momento autorizou a alienação do veículo sem a sua participação no negócio. Pede provimento ao recurso para que a ação seja julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e respondido (fls. 95/101).

É o relatório, passo ao voto.

Segundo os fatos narrados pelo autor, em 15.01.2009, adquiriu do estacionamento Autillus Multimarcas o veículo GM/Celta, ano 2003, placa DKS 2215, cuja propriedade era da ora apelante, o qual foi pago por meio de financiamento realizado com a instituição BV Financeira (fls. 15 e 16).

Afirma que o bem foi deixado no referido estabelecimento para que fosse vendido, caracterizando-se verdadeira venda em consignação.

Desde a realização da compra e venda entre ele e o estacionamento não consegue obter a transferência da propriedade do veículo, sob a justificativa da apelante de que é titular de crédito não saldado pela garagem.

Delineada a breve situação fática narrada, passo à análise das razões do recurso interposto.

Cumpre consignar, de início, que a pretensão de denunciação da lide pela apelante se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos que o autor ajuizou ação de conhecimento em face do estacionamento Autillus Multimarcas, pleiteando a entrega do CRLV do mencionado veículo (processo nº 089.01.2010.000355-5), cuja sentença julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, uma vez que a obrigação de fazer competia à proprietária do bem (fls. 18/20).

Observo, ainda, que naqueles autos o réu, em sede de contestação, afirmou existir contrato estimatório entre ele e a alienante, ora apelante (fls. 21/30).

Sobre o contrato estimatório ou de vendas em consignação, ensina o professor Carlos Roberto Gonçalves em sua obra Direito Civil Brasileiro - Contratos e atos unilaterais, 10ª ed., RT, 2013, p. 274 e 275, que:

> *"... é aquele em que uma pessoa (consignante) entrega bens móveis a outra (consignatária), ficando esta autorizada a vendê-los, obrigando-se a pagar um preço ajustado previamente, se não preferir restituir as coisas consignadas dentro do prazo ajustado.*
>
> *(...)*
>
> ***Trata-se de contrato de natureza real, pois se aperfeiçoa com a entrega do bem ao consignatário. Esta não produz o efeito de lhe transferir a propriedade. A tradição é essencial para que o poder de disposição que foi transferido ao consignatário possa ser exercido.*** *É, também, oneroso, visto que ambas as partes obtém proveito; comutativo, porque não envolve risco; e bilateral, porque acarreta obrigações recíprocas".* (Destaque nosso).

Assim, não fá falar em inexistência de contrato estimatório. Tendo o

Acesso ao Sumário

estacionamento (consignatário) recebido o bem do alienante (consignante), uma vez que aquele o vendeu a terceiro, conforme documento de fl. 14, está caracterizada a venda em consignação.

O fato de não ter sido o preço ajustado previamente como alega a apelante, por si só, não afasta a caracterização de tal espécie de contrato. Isso porque, como acima exposto, ele se aperfeiçoa com a entrega do bem ao consignatário.

Ainda, como o efeito da transferência de propriedade não é produzido por esse tipo contratual, a legitimidade para fazê-la é da consignante, ora apelante. Por isso, incabível a pretendida denunciação da lide. Nesse sentido, vale conferir as seguintes ementas dos julgados deste Tribunal de Justiça:

"Ação de obrigação de fazer. Contrato de compra e venda aperfeiçoado, com a tradição do bem ao adquirente de boa-fé, que não pode ser prejudicado pelo fato da loja consignatária não ter repassado o preço para o proprietário consignante. Presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a prova inequívoca e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é cabível a concessão da tutela antecipada pretendida para determinar ao agravado a entrega da autorização para transferência da titularidade do veículo.

Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2011701-70.2013.8.26.0000, Rel. Des. Gomes Varjão, j. 23.09.2013).

"Contrato estimatório. Ação cominatória visando à transferência da propriedade do veículo junto ao Detran ajuizada pelo comprador em face do consignante. Legitimidade passiva do proprietário, único que pode transferir o bem. Consignatário vende o veículo em nome próprio, mas autorizado pelo consignante. Adquirente de boa-fé não pode ser prejudicado pela falta de repasse do preço do veículo ao consignante. Ação procedente. Recurso desprovido." (Apelação nº 0008588-79.2010.8.26.0152, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. 12.07.2012).

"Bem móvel - Obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais - Contrato estimatório - Veículo vendido a terceiro - Pagamento integral do preço ao consignatário - Ausência de repasse ao consignante - Necessidade de transferência da propriedade do automóvel ao comprador - Validade da venda a terceiro de boa-fé - Sentença mantida - Recurso desprovido." (Apelação nº 0011490-88.2006.8.26.0590, Rel. Des. Andreatta Rizzo, j. 23.02.2011).

Por fim, vale anotar que, tendo o adquirente pago ao consignatário o preço da venda do bem (fls. 15 e 16), não pode ele ser prejudicado pela ausência de repasse do valor ao consignante. Como bem salientou a r. sentença: *"a obrigação do accipiens consiste no pagamento do preço estimado; e havendo prova documental do valor da venda (fl. 14), toca à consignante, ora ré, pelas*

Acesso ao Sumário

vias próprias, demandar a consignatária, a revendedora de automóveis usados, o pagamento do preço respectivo" (fl. 76).

Por todas essas razões, de rigor, a manutenção da r. sentença pelos seus próprios e bem lançados fundamentos.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0165988-29.2007.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LIDIA DE JESUS BERNARDO BARROS, MARIA LUCIA BERNARDO BARROS e ANTONIO CARLOS BERNARDO BARROS, são apelados OF. DE JUST. CIVIL E TAB. DE NOTAS DO CART. DE REG. CIVIL E AN. DO TABEL. DO 30º SUB. IBIR e JULIO GUILGUER SIMÕES.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do coapelado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7635)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA. Danos em imóvel objeto de contrato de locação. Ação julgada procedente contra o anterior oficial do tabelionato, que foi quem celebrou a avença, mas improcedente contra o próprio cartório, que figurou como locatário. Irresignação dos locadores. Descabimento. Responsabilidade pessoal do oficial do cartório de registro. Precedentes dos Tribunais Superiores. Inteligência do art. 22 da Lei nº 8.935/94. Tabelionato que não detém personalidade jurídica. Ilegitimidade passiva reconhecida. Danos morais não evidenciados. Mero aborrecimento gerado pelo inadimplemento contratual. Apelo desprovido, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Cartório apelado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização julgada improcedente contra o Cartório de Registro Civil e procedente em parte contra o seu anterior oficial, pela respeitável sentença de fls. 692/694, cujo relatório se adota, para condenar este ao pagamento de R$60.200,67, devidamente atualizado.

Inconformados, apelam os autores sustentando que o cartório possui personalidade jurídica e legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, já que figurou na avença na qualidade de locatário; que, quando as chaves foram entregues, a nova oficial já havia assumido o Cartório; que aquele que assume a serventia extrajudicial responde pelo seu passivo; que experimentou danos morais em virtude de todo transtorno com a reparação do imóvel; e que o Cartório deve suportar o ônus da sucumbência (fls. 394/398).

Houve resposta (fls. 772/794), na qual deduzida preliminar de ilegitimidade passiva, prescrição e violação ao princípio do contraditório.

É o que importa ser relatado.

O apelo não comporta provimento, devendo ser reconhecida a ilegitimidade passiva do cartório apelado.

Os apelantes ajuizaram ação de indenização em face do Cartório de Registro Civil e de seu anterior oficial, argumentando que quando restituído o imóvel objeto do contrato de locação, este estava danificado.

A ação foi julgada procedente contra o anterior oficial, que não recorreu da sentença.

Insurgem-se os autores argumentando que o Cartório também deve ser condenado ao pagamento das verbas, porque aquele que assume a serventia extrajudicial fica responsável pelas suas obrigações. Ainda, sustentam que fazem jus à reparação por danos morais, em razão do transtorno decorrente da rescisão do negócio.

Conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.935 de 1994, *Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.*

É conhecida a divergência de entendimento jurisprudencial sobre a legitimidade *ad causam* dos Cartórios para responderem a ações de indenização, uma vez que não possuem personalidade jurídica.

Há julgado da 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a legitimidade, por se tratar de pessoa formal (**REsp 476.532/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado, 4ª Turma, DJ 04/08/2003**).

Todavia, há diversos precedentes, mais recentes, em sentido diverso:

PROCESSO CIVIL. CARTÓRIO DE NOTAS. PESSOA FORMAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECONHECIMENTO DE FIRMA FALSIFICADA.

Acesso ao Sumário

ILEGITIMIDADE PASSIVA.

O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia. No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos fatos e o Estado possuem legitimidade passiva. Recurso conhecido e provido **(STJ, 4ª Turma, REsp 545.613/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08/05/2007, DJ 29/06/2007 p. 630).**

RECURSO ESPECIAL - CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL - TABELIONATO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 22 DA LEI N. 8.935/94 - LEI DOS CARTÓRIOS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIONATO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - AUSÊNCIA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O art. 22 da Lei n. 8.935/94 não prevê que os tabelionatos, comumente denominados "Cartórios", responderão por eventuais danos que os titulares e seus prepostos causarem a terceiros.

2. O cartório extrajudicial não detém personalidade jurídica e, portanto, deverá ser representado em juízo pelo respectivo titular.

3. ***A possibilidade do próprio tabelionato ser demandado em juízo, implica admitir que, em caso de sucessão, o titular sucessor deveria responder pelos danos que o titular sucedido ou seus prepostos causarem a terceiros, nos termos do art. 22 do Lei dos Cartórios, o que contrasta com o entendimento de que apenas o titular do cartório à época do dano responde pela falha no serviço notarial.***

4. Recurso especial improvido **(REsp nº 911.151/ DF, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 06.08.2010)** (realces não originais).

Ainda:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DE FIRMA MEDIANTE ASSINATURA FALSIFICADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFÍCIO DE NOTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E JUDICIÁRIA.

1. Consoante as regras do art. 22 da Lei 8.935/94 e do art. 38 da Lei n.º 9.492/97, a responsabilidade civil por dano decorrente da má prestação de serviço cartorário é pessoal do titular da serventia à época do fato, em razão da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome.

2. ***Os cartórios ou serventias não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda indenizatória, pois são desprovidos de personalidade jurídica e judiciária, representando, apenas, o espaço físico onde é exercida a função pública delegada consistente na***

Acesso ao Sumário

atividade notarial ou registral **(STJ, REsp 1177372 / RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª TURMA, j. 28/06/2011, DJe 01/02/2012)** (realces não originais).

O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior **(AgRg no REsp 624975-SC, rel. Min. MARIA Isabel Gallotti, j. 21/10/2010).**

A responsabilidade civil por dano causado a particular por ato de oficial do Registro de Imóveis é pessoal, não podendo o seu sucessor, atual titular da serventia, responder pelo ato ilícito praticado pelo sucedido, antigo titular **(REsp 696989-PE, rel. Min. Castro Filho, j. 23/05/2006).**

Nesse sentido também, deste Egrégio Tribunal:

LEGITIMIDADE. Tabelião de Notas. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Decisão reformada. Ausência de personalidade jurídica da serventia extrajudicial. Responde pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Ilegitimidade passiva do atual Tabelião. Atos praticados pelo antecessor. Recurso provido **(TJSP, Agravo de instrumento nº 0310542-24.2011.8.26.0000, Rel. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 19/04/2012)**

ILEGITIMIDADE PASSIVA - Ação proposta contra o Cartório extrajudicial - Inexistência de personalidade jurídica - Ilegitimidade passiva reconhecida **(TJSP, Apelação nº 0009300-08.2009.8.26.0604, Rel. Silveira Paulilo, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 11/05/2011)**

SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - SERVIÇO DE PROTESTOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - Serventia extrajudicial que não tem personalidade jurídica própria, pelo que não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo eventual responsabilidade que é do serventuário, contra quem a ação deveria ser dirigida - Precedentes - Proclamação de ofício da ilegitimidade passiva **(Apelação nº 0041720-52.2007.8.26.0405, Rel. Castro Figliolia, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 29/06/2011)**

Importa salientar que por se tratar de matéria de ordem pública, não existe qualquer óbice para a sua apreciação nesse momento do andamento processual. Isso porque *é cediço que as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, que versem sobre condições da ação e pressupostos processuais, não são suscetíveis à ocorrência da preclusão* **(STJ, AgRg no Ag 922099 - PR, Rei. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 06/06/2008)** (grifos não originais).

Nesse sentido também: *Não ocorre a preclusão para o juiz quanto aos*

pressupostos processuais e condições da ação, porque, em qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando findo o ofício jurisdicional, lhe é lícito apreciar tais questões (RTJ 101/907). No mesmo sentido: RTJ 112/1.404, RSTJ 5/363, 54/129 (4ªT., REsp 18.711), 65/352, STJ-RT 706/193, JTJ 342/613 (AP 818.389-5/1-00) e ***As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação*** *- mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo) (STJ-3ª T., REsp 1.254.589, Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.11, DJ 30.9.11)* **(*In* Theotonio Negrão [et al.], *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 45ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 386)** (realces não originais).

Destarte, em conformidade com o entendimento jurisprudencial atual sobre a matéria, de rigor acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Cartório apelado, para julgar extinto o processo em relação a ele, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Bem fixada a distribuição do ônus da sucumbência, assim como os honorários advocatícios, resta inalterada, nesse tocante, a respeitável sentença.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, segundo o entendimento consolidado deste Egrégio Tribunal, bem como das Cortes Superiores, o puro e simples descumprimento de deveres contratuais não autoriza, automaticamente, o reconhecimento de dano moral, resolvendo-se as situações e os eventos no âmbito exclusivamente patrimonial (***REsp 151.322-RS, 3a T., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 02.12.02, p.303***).

É que, só quando o inadimplemento contratual, sempre frustrante, lesione direito da personalidade, atingindo a integridade física, psíquica ou moral, haverá substrato para dano moral indenizável.

No caso, não se vislumbra dano extrapatrimonial passível de tutela, pois não houve atitude que acarretasse aos apelantes situação humilhante ou atentatória à dignidade, constituindo a controvérsia aqui noticiada mais um aborrecimento a que todos nós estamos sujeitos quando do convívio social.

Por esse motivo, e por aqueles expostos na respeitável sentença, era mesmo de ser rejeitado o pedido de indenização por danos morais.

Ante o exposto, ***nega-se provimento ao recurso, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do coapelado.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000152-91.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INVENSYS

APPLIANCE CONTROLS LTDA., são apelados SÉRGIO RIBEIRO CALIL e MARIA DE FÁTIMA PROSPERI RIBEIRO CALIL.

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 34070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SILVEIRA PAULILO e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 14 de abril de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Penhora - Bem imóvel - Alienação do imóvel efetuada anteriormente ao registro da penhora - Adquirentes diligenciaram no sentido de averiguar a solvabilidade do alienante e a inexistência de constrição sobre o imóvel - Boa-fé dos terceiros adquirentes verificada - Má-fé que deveria restar cabalmente comprovada - Ônus do credor, do qual não se desincumbiu - Embargos de terceiro procedentes - Desconstituição da penhora determinada - Apelação desprovida - Sentença mantida.

Verbas de sucumbência - Embargos de terceiro - Procedência - Ônus carreado a quem causou a propositura da demanda - Hipótese em que a ré deve ser condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios em prol do advogado dos autores - Necessidade de observância ao princípio da causalidade - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiro opostos por **SÉRGIO RIBEIRO CALIL** e **FÁTIMA PROSPERI RIBEIRO CALIL** em face de **INVENSYS APPLIANCE CONTROLS LTDA..**

Pela r. sentença de fls. 798/801, cujo relatório se adota, o feito foi julgado procedente para afastar a constrição sobre o imóvel descrito na inicial, ao fundamento que os embargantes são os seus legítimos possuidores e adquirentes. A embargada foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (CPC, art. 20, § 4º). Os embargos de declaração opostos

Acesso ao Sumário

(fls. 805/809 e 811/818) foram rejeitados (fls. 820).

Inconformada, apela a embargada (fls. 823/840). Aduz que a penhora sobre o referido imóvel se deu a título de reforço de garantia, uma vez que o produto da arrematação de outro imóvel do executado foi insuficiente para satisfazer a integralidade da execução, que se arrasta desde 1993, o que afasta a incidência da Súmula 375 do E. STJ. Diz que a r. sentença não pode prevalecer, pois houve negligência dos embargantes, aqui apelados, que não providenciaram a outorga de escritura pública e o consequente registro do negócio jurídico celebrado, nem providenciaram certidões em nome do vendedor em seu domicílio, o que afasta a alegada boa-fé. Assevera inexistir provas de que o citado instrumento particular foi efetivamente firmado em outubro de 2008. Diz que não podia se valer da regra insculpida no artigo 615-A do CPC, pois a execução estava garantida por outro imóvel de propriedade do executado José Adolfo Pascowitch. Defendendo a ausência de prova da idoneidade do instrumento particular de promessa de venda e compra celebrado em outubro de 2008, e da suscitada boa-fé, pede provimento ao recurso, para a total improcedência dos embargos opostos, com a inversão da condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado, recebido em ambos os efeitos (fls. 845), com contrarrazões a fls. 848/863.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento, devendo ser mantida a bem lançada r. sentença, e pelos seus próprios fundamentos.

No caso, pelos elementos dos autos, verifica-se que o instrumento particular de venda e compra do imóvel descrito na inicial foi firmado em **outubro de 2008**, sendo que o reconhecimento da firma de Sergio Ribeiro Calil ali aposta se deu em 27 de abril de 2011, conforme se extrai de fls. 26/33vº.

Ora, como bem observado por Sua Excelência, ainda que se considere apenas a data em que a firma do promitente comprador Sérgio, aqui apelado, foi reconhecida, ainda assim se verifica que o ato notarial se deu anteriormente ao registro da penhora efetivada nos autos da execução de título extrajudicial movida pela embargada Invensys, ora apelante, à qual os presentes embargos de terceiro são incidentes.

De fato, a **averbação da penhora** no registro imobiliário foi efetivada somente em **15 de fevereiro de 2012** (fls. 37), o que elide eventual presunção de má-fé por parte dos adquirentes-embargantes, ora recorridos, e, invariavelmente, faz reconhecer a boa-fé destes na realização do negócio.

Inclusive porque os embargantes trouxeram as certidões de fls. 40/59, relativas ao período em que fora celebrado o negócio (2008), comportamento dos promitentes compradores indicando que diligenciaram no sentido de apurar a real situação de solvabilidade do promitente comprador e do imóvel objeto do

ajuste.

É certo que as certidões de fls. 44/45 indicavam a existência de algumas ações judiciais (todas execuções fiscais) ajuizadas em desfavor de José Adolfo Pascowitch, mas não se verifica daquele rol a existência da execução promovida pela aqui apelante.

Ao contrário, a certidão expedida pelo Cartório de Registro Imobiliário, datada de 17 de setembro de 2008, indicava que à época não constava registros ou averbações de direitos e ônus reais de espécie alguma, hipoteca, penhora, arresto, sequestro, etc. figurando como devedor José Adolfo e tendo por objeto o imóvel, objeto dos presentes embargos, conforme documento de fls. 48vº.

De outro lado, não se desincumbiu a apelante de demonstrar que à época da celebração do negócio os adquirentes efetivamente tinham conhecimento da situação de eventual insolvabilidade do codevedor.

Aliás, é entendimento jurisprudencial já sumulado no E. Superior Tribunal de Justiça que a boa-fé do terceiro adquirente é presumida quando não há registro de penhora nos órgãos competentes. A propósito:

Súmula 375 - O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Outrossim, de se concluir pela veracidade e licitude do negócio jurídico entabulado entre os embargantes, apelados, e o executado, diante dos elementos supracitados, o que torna a propriedade dos embargantes indiscutível.

Anote-se, por fim, que embora o registro da penhora tenha se efetivado em 2012, o art. 615-A do CPC facultava ao credor, desde o início, a possibilidade de averbação da execução no registro dos bens do devedor, visando o acautelamento e satisfação do crédito perseguido na execução.

E mesmo em se tratando de reforço de garantia, nem há que se pensar em abusividade na averbação de mais um bem, pois como a própria apelante confirma em suas razões de recurso, o produto do primeiro imóvel penhorado seria insuficiente para satisfazer a integralidade do débito em aberto.

Por isso, confirma-se o entendimento do MM. Juiz de Direito, manifestado em primeiro grau, mantendo-se a r. decisão que julgou procedentes os embargos de terceiro, desconstituindo-se a penhora sobre o bem objeto deste feito, inclusive em relação às verbas de sucumbência, pois se entende que deve suportar tais ônus aquele que deu causa à propositura da demanda.

Não fosse a penhora levada a efeito pela exequente, os autores não necessitariam vir a Juízo, via embargos de terceiro, para a defesa de seus direitos de propriedade e posse sobre o bem penhorado.

Mutatis mutandis, transcreva-se entendimento deste E. Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

do Estado de São Paulo:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de omissões no julgado quanto a questão referente ao mérito levantada no recurso - Inexistência - Matéria analisada e decidida substancialmente pela Turma Julgadora - Ademais 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. Contradição no julgado quanto a condenação nas verbas de sucumbência - Necessidade de se acolher os embargos nesta parte, para adequação - Responde pelo ônus da sucumbência aquele que deu causa à propositura da ação. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos em parte". (Embargos de Declaração nº 5233554001 - Relator: Paulo Alcides - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 12/02/2008) (g.n.)

Assim, uma vez reconhecida a procedência do pedido, implicitamente reconhecida a necessidade de propositura da medida para a satisfação do direito dos autores, motivo pelo qual é de rigor sejam carreados ao apelante os ônus da sucumbência.

Nesse sentido, conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior na obra *Curso de Direito Processual Civil - Volume I*, Ed. Forense, 47ª edição, p. 103:

"Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo.

Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte."

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049761-80.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MAXICLEAN SYC HIGIENIZAÇÃO TÊXTIL LTDA. ME, são apelados USICLAVE ESTERILIZAÇÃO MÉDICO HOSPITALAR LTDA. ME, BRUNA TELLES e CARLOS ALBERTO TELLES.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do

Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, deram parcial provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.857)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), TEIXEIRA LEITE e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Contrato de trespasse. Art. 1147 do CC. Concorrência desleal configurada porque não prevista expressamente a permissão para os vendedores se estabelecerem com a mesma atividade. Análise dos contratos firmados entre as partes com o hospital para o qual ambas prestavam serviços de lavanderia que demonstra a similitude das atividades. Indenização que é feita com base no valor corrigido da venda, deduzindo-se o percentual de 40% para compensar a concorrência desleal, ao mesmo tempo facilitando a execução e indenizando corretamente a autora. Danos morais indevidos por inexistência de abalo à reputação da apelante. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou improcedente ação de abstenção de uso de marca c.c. indenização, sustentando a ré apelante, em suma, que o contrato celebrado entre as partes é claro acerca da proibição dos requeridos de concorrer com os autores no prazo de 2 anos no ramo de lavanderia, justamente a espécie de serviços prestadas pelos apelados junto ao Hospital Ana Costa, prévio cliente da apelante. Destaca a similitude das denominações empresariais - a reforçar a intenção de concorrência desleal, evidente diante do estabelecimento da nova sociedade empresarial. Afirma que a observação dos contratos estabelecidos pelas partes com o aludido hospital evidencia que tinham o mesmo objeto, insiste no cabimento da indenização pretendida. Subsidiariamente, requer a diminuição dos honorários advocatícios arbitrados.

Este é o relatório.

Apelo originalmente distribuído a 3ª Câmara de Direito Privado, não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras de Direito Empresarial, em razão de competência, por voto do Exmo. Desembargador Donegá Morandini (fls. 447/448).

Acesso ao Sumário

No mérito, o recurso, com a devida vênia, merece parcial provimento.

A digna Magistrada sentenciante considerou inexistente a concorrência desleal em relação ao contrato de trespasse, afastando, em consequência, a indenização pretendida.

Contudo, com a devida vênia, não agiu Sua Excelência com o costumeiro acerto.

O art. 1.147 do Código Civil estabelece que: *"Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência"*. Isso significa, nada mais nada menos, que, inexistindo no contrato de trespasse expressa autorização contratual para permitir que o alienante continue a explorar atividade econômica explorada no estabelecimento comercial objeto da alienação, deverá o alienante abster de realizar concorrência ao comprador durante cinco anos contados da data de celebração do contrato. Constitui, portanto, dever legal de quem vende a abstenção da prática de ato que possa representar concorrência desleal e desvio de clientela do negócio alienado.

FÁBIO ULHOA COELHO ensina que: *"se o instrumento é omisso, se as partes não estabeleceram nenhuma convenção expressa a respeito do eventual restabelecimento do alienante dispõe a lei que o alienante não poderá concorrer com o adquirente no prazo de 5 anos subsequentes ao trespasse (CC, art. 1.147)"* (Curso de Direto Comercial - Direito de Empresa, Vol. 1, 16ª Edição, 2012, Ed. Saraiva, p. 185).

Portanto, o silêncio do contrato faz incidir o art. 1.147 do Código Civil e a vedação, por cinco anos, da possibilidade de concorrência pelo alienante do estabelecimento. A situação objeto do julgamento ajusta-se exatamente ao que dispõe a norma legal, com a única diferença que, no caso concreto, o prazo foi diminuído para dois anos (fls. 37/40).

MODESTO CARVALHOSA, sempre preciso, ensina que: *"A concorrência desleal tem como pressuposto a conduta maliciosa do empresário, de forma a iludir e desviar a clientela. Nesse caso, para que exista a condenação, inclusive na esfera penal, há que se provar a culpa ou dolo do agente. No caso de violação de proibições contratuais ou legais de concorrência, a responsabilidade do agente é de natureza objetiva. Não existe a necessidade de que a parte prejudicada prove a culpa do agente, para que pleiteie a correspondente indenização. Portanto, em virtude do impedimento de concorrência inserido neste art. 1.147, surge no ordenamento jurídico um mecanismo adicional de proteção do direito do empresário à clientela. Além da proibição da concorrência desleal, passa-se a proibir a concorrência pura e simples do alienante com o adquirente do estabelecimento, pelo prazo de cinco anos, contados da data de transferência"* (Comentários ao Código Civil,

Acesso ao Sumário

Saraiva, 2003, vol. 13, p. 650, *in* JURID PREMIUM, nota ao art. 1147 do CC).

Resta perquirir se os apelantes voltaram ou não a explorar a mesma atividade empresarial, ferindo o princípio normativo que orienta a cláusula de não concorrência.

E a resposta é positiva.

Em um primeiro momento, a simples observação dos contratos sociais leva à conclusão de que não houve exploração de mesmo ramo empresarial, pois o contrato social da autora traz como objeto social *"a exploração do ramo de serviços de lavanderia"* (fl.33), enquanto o contrato social da requerida aponta *"serviços de higienização, termodesinfecção, esterilização têxtil e de materiais médico hospitalares e materiais odonto-médico-hospitalares."* (fl.331).

Contudo, a análise dos contratos firmados por ambas as pessoas jurídicas com o Hospital Ana Costa demonstra a similitude dos serviços prestados. Ambos têm como objeto prestação de serviços de lavagem e higienização de têxteis do hospital, conforme Anexo I (fl.177 e 369), anexo este que, em ambas as avenças, elenca a mesma espécie de roupas, com acréscimo de somente dois itens no contrato da apelada (fl. 181/373).

Neste sentido, configurado está o ferimento à cláusula de trespasse, e evidente o prejuízo causado à autora, uma vez que, após a apelada ter firmado o contrato com o hospital, em 01.09.2011 (fls. 369/372), este não mais renovou a contratação dos serviços da apelante.

Do ferimento dos direitos da autora decorre a indenização pelos danos decorrentes. E o Tribunal considera que o melhor é estabelecer como indenização pela concorrência desleal, um abatimento de 40% do preço contido no contrato de trespasse, corrigido desde a contratação e com juros de mora a partir da citação. Deste modo já fez esta 4ª Câmara de Direito Privado em caso anterior (Apelação nº 0007726-76.2010.8.26.0001, VT27541).

Justifica-se que assim seja porque o preço do trespasse certamente seria muito inferior se fosse computada a possibilidade de os vendedores concorrerem logo em seguida à venda do estabelecimento. Ao mesmo tempo que indeniza a autora (transmitindo-lhe parte do lucro do concorrente desleal), retira parte do lucro auferido pelos alienantes com a venda do estabelecimento (reduzindo o seu valor se houvesse previsão de concorrência em seguida ao contrato de trespasse).

Por outro lado, dos fatos não se vislumbra abalo à reputação da autora, descabendo, assim, indenização por dano moral.

Confira-se, em caso semelhante, entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"Ação de indenização por danos materiais e morais. Compra e venda de estabelecimento comercial (trespasse). Cláusula de não-restabelecimento e

Acesso ao Sumário

concorrência desleal. Sentença de procedência. Processo. Ilegitimidade ativa ad causam da primeira co-autora reconhecida. Sócia que postula em nome próprio direito da sociedade. Impossibilidade (CPC, art. 6-). Personalidade jurídica da empresa que não se confunde com a de seus sócios. Extinção decretada. Mérito. Sucessão empresarial verificada. Subrogação da sociedade nos direitos e obrigações do comprador primitivo em face do contrato de trespasse. Infração à cláusula de não-restabelecimento comprovada. Prática de concorrência desleal verificada. Danos materiais. Indenização cabível. Apuração em regular liquidação de sentença. Danos morais não caracterizados. Ausência de abalo à reputação da pessoa jurídica. Sentença reformada. Redistribuição dos ônus da sucumbência. Recurso provido em parte." (Apelação nº 9090836-27.2004, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. A. Santini Teodoro, j. 08.04.2008).

De rigor, portanto, o provimento parcial do recurso para reconhecer a concorrência desleal e condenar a requerida a indenizar a autora no valor de 40% do contrato de trespasse de fls. 37/40, corrigido desde a contratação e com juros de mora a partir da citação.

A requerida arcará com os ônus da sucumbência e honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Pelo exposto é que se dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102053-23.2010.8.26.0515, da Comarca de Rosana, em que é apelante/apelado TANIA REGINA ALVES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Dá-se parcial provimento ao recurso da autora e conhece-se em parte do recurso do réu e, na parte conhecida, nega-se provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7157)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL -

Cédula de Crédito Bancário.

RECURSO DA AUTORA - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - Possibilidade - Contrato firmado após 31 de março de 2000, data da última edição da Medida Provisória nº 2170-36/2001 - REsp nº 973.827, afeto à disciplina dos recursos repetitivos, que admite a cobrança da taxa efetiva anual contratada, desde que seja superior ao duodécuplo da mensal.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA MP nº 2.170-36/2001 - Presunção de constitucionalidade do aludido dispositivo, uma vez que ainda não há julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316 - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - REPETIÇÃO EM DOBRO - Incabível no caso, pois ausente o requisito da má-fé - Inteligência do enunciado 159, da Súmula do C. STF - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Entendimento atual do STJ que, em caso de exigência de comissão de permanência, não podem ser cumulados outros encargos contratuais - Súmula 472 do C. STJ e julgamentos posteriores - Cláusula contratual que prevê a incidência da comissão de permanência, ainda que com outra denominação, cumulada com outros encargos - Adequação necessária - Cálculo - Importância da comissão de permanência limitada a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; juros moratórios até o limite de 12% ao ano e multa contratual limitada a 2% - Recurso provido neste tocante. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO DO RÉU - Conhecimento apenas no tocante à comissão de permanência - Demais matérias não há interesse recursal, eis que a autora sucumbiu nos pleitos - Comissão de permanência - Vedação de cumulação com outros encargos - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 122/131, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação revisional aforada, com a observação de que é vedada a incidência da comissão de permanência no período em que cumulada com juros remuneratórios, juros de mora a partir da citação, multa contratual e IOF, incidindo apenas tais consectários.

Apelou o autor a fls. 136/146, requerendo a modificação do julgado, alegando, em síntese: i) nulidade da sentença por cerceamento de defesa, eis que necessária a produção de prova no caso em tela, não sendo o caso de julgamento antecipado da lide, ii) ilegalidade da capitalização de juros, não se aplicando a Medida Provisória nº 2.170-36, de 23/08/01, a qual é inconstitucional, iii) ausência de previsão contratual autorizando a capitalização mensal de juros, iv) é vedada a cumulação da cobrança de comissão de permanência com outros encargos moratórios, o que fora reconhecido pelo Juízo *a quo*, de maneira que a sentença deveria ter sido procedente neste ponto, v) requer a devolução dos valores pagos indevidamente em dobro, nos termos do artigo 42 do CDC.

Apelou o réu a fls. 176/191, sustentando, preliminarmente, que a inicial é inepta, eis que os pedidos são genéricos e indeterminados. No mérito, alega a legalidade da cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplência, mesmo quando cumulada com juros remuneratórios, juros de mora, multa de mora e correção monetária. Sustenta, ainda, que o contrato possui força vinculativa entre as partes e, o fato de ser de adesão, não implica que está eivado de irregularidades. Por fim, afirma que não é possível a cobrança de multa moratória superior a 2% e que incabível o estorno do IOF.

Recursos tempestivos e respondidos.

É o relatório.

2.- RECURSO DA AUTORA

A presente ação busca a revisão de Cédula de Crédito Bancário, firmada em 25/07/2008, em 36 prestações fixas, no valor de R$ 570,00 cada (fls. 38).

O MM. Juízo *a quo* afastou a alegada abusividade, declarou que a capitalização de juros é permitida e aplicável a Medida Provisória nº 2.170-36, decretando a improcedência da demanda.

Em suas razões recursais, a autora insiste no reconhecimento da capitalização de juros, inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, entre outros pedidos. No entanto, não lhe assiste razão.

Ab initio, afasta-se o apelo para a que a sentença seja declarada nula.

Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa. Pela dicção do artigo

Acesso ao Sumário

130 do Código de Processo Civil[1], o juiz pode indeferir as provas que entender protelatórias ou verificar que dos autos já constam todos os elementos suficientes à formação de seu convencimento, a permitir o julgamento da lide, de modo que pode optar pelo indeferimento de prova pericial sem implicar cerceamento de defesa, como no caso em tela, em que o MM. Juízo *a quo* embasou seu *decisium* no contrato juntado aos autos.

No que tange à capitalização de juros, observa-se que a apelante não trouxe elementos aptos a declarar a procedência da demanda.

Isto porque, o entendimento consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça, relativamente aos contratos firmados após 31 de março de 2000, data da última edição da Medida Provisória nº 2170-36/2001, é de que é possível a capitalização dos juros por prazos menores que um ano, desde que contratada:

> "Sob o ângulo infraconstitucional, a Eg. Segunda Seção deste Tribunal Superior já proclamou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº. 2.170-36/2001), admite-se a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada" [2]

Afasta-se, aqui, a alegação de inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/01, uma vez que ainda não há decisão definitiva sobre a matéria, sendo que, até que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316 seja definitivamente julgada, deve preponderar a presunção de constitucionalidade do citado dispositivo, não se havendo falar em declaração de inconstitucionalidade, de forma incidental.

Neste sentido, vem decidindo este E. Tribunal de Justiça:

> "(...) A referida Medida Provisória foi renovada várias vezes, a última sob o nº 2.170-36, a qual mantém sua vigência até hoje graças à Emenda Constitucional nº 32/01, que estabeleceu, no seu art. 2º: 'As medidas provisórias editadas em data anterior à publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional'. Outrossim, o fato de a MP nº 1.963-17 (atual MP 2.170-36) tratar de diversas matérias não acarreta a sua inconstitucionalidade, porquanto o art. 18 da Lei complementar nº 95/98 esclarece que a inexatidão formal da norma não autoriza seu descumprimento."[3]

Em relação à necessidade de expressa previsão contratual acerca da

1 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

2 AgRg no Ag 610183 / RS, Rel. o Min. JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, julg. em 13.12.2005, publ. em 13.02.2006.

3 APELAÇÃO Nº 0002960-10.2003.8.26.0038, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, j. em 30 de maio de 2012.

Acesso ao Sumário

capitalização de juros, este Relator entende que, em observância ao direito do consumidor à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC[4], necessária seria a presença de cláusula expressa admitindo a capitalização de juros.

No entanto, o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser suficiente a demonstração clara das taxas cobradas.

Confira-se como a questão restou ementada no recente julgamento do Recuso Especial nº 973.827-RS, afeto à disciplina dos recursos repetitivos:

> "1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros."
>
> (...)
>
> "É permitida a capitalização de juros em 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 de 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.**"[5] (grifo fora do original).

Observe-se, no pacto de fls. 38, que foi firmada a taxa efetiva anual de juros na porcentagem de 22,49198% (vinte e cinco inteiros e quarenta décimos), e a taxa efetiva mensal na porcentagem de 1,705% (um inteiro e nove décimos), o que permite a cobrança tal qual realizada.

Contudo, assiste razão à recorrente no que toca à comissão de permanência. De fato, a r. sentença fez observação no dispositivo de "impossibilidade de incidência de comissão de permanência no período em que cumulada com juros remuneratórios, juros de mora a partir da citação, multa contratual e IOF, incidindo apenas tais consectários" (fls. 131).

A respeito do tema, cabe tecer algumas considerações.

A partir da edição da Súmula 30, o E. Superior Tribunal de Justiça iniciou a consolidação de seu entendimento, enunciando:

Acesso ao Sumário

4 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

5 REsp nº 973.827-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Relator p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe: 24/09/2012.

"A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis".

Posteriormente, com a edição da Súmula 294, afirmou-se a legalidade da previsão de comissão de permanência:

"Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato."

Tal entendimento veio a ser complementado com a Súmula 296, pela qual deixou assentado aquela E. Corte que a comissão de permanência poderia incidir no período de inadimplemento, sem cumulação com juros remuneratórios:

"Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado."

Na Segunda Seção do E. STJ, no âmbito do julgamento dos recursos repetitivos em que essa matéria fora afetada (REsp nº 1.063.343-RS e REsp nº 1.058.114-RS - julgados em 12.08.2009 e publicados em 16.11.2010), havia se consolidado o entendimento de que, nas obrigações financeiras contraídas junto às instituições financeiras e instrumentalizadas através de contratos - público ou particular - e cédulas de crédito bancário (CCB)[6], era **permitida a cobrança da comissão de permanência, durante a inadimplência**, ou seja, a partir do vencimento até o seu efetivo pagamento, **vedada**, no entanto, a **incidência de quaisquer outros encargos, sejam de natureza remuneratória ou moratória**.[7]

Da ementa do REsp nº 1.058.114-RS, da relatoria do Min. João Otávio de Noronha, extrai-se:

"DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.

2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida.

Acesso ao Sumário

6 Lei nº 10.931, de 02/08/2004.

7 Recursos Repetitivos: REsp nº 1.058.114, Rel. p/ o Acórdão Min. João Otávio de Noronha e REsp nº 1.063.343, Rel. p/ o Acórdão Min. João Otávio de Noronha.

3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.

4. **Constatada abusividade** dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, **deverá o juiz decotá-los**, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.

5. **A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.**

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

Mais recentemente, em 12.06.2012, foi editada a Súmula 472[8], que enuncia:

"A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual."

Após a edição da Súmula 472, a jurisprudência da 2ª Seção do STJ vem assim se manifestando, exemplificativamente:

"**In casu**, o tribunal **a quo** afastou a estipulação da comissão de permanência por considerá-la abusiva, portanto em contrariedade com a orientação pacificada neste c. Superior Tribunal de Justiça. Por todo o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, **dou provimento ao recurso especial** para: a) afastar as disposições de ofício proferidas pelo v. acórdão recorrido; b) declarar a exigibilidade dos juros remuneratórios contratados (taxa mensal e anual); e, c) declarar que, após o vencimento da dívida, **é devida apenas a comissão de permanência, cuja importância está limitada à soma dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação, dos juros moratórios até o limite de 12% ao ano e da multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC, vedada a cobrança da correção monetária** (Súmula nº 30 do STJ)."[9]

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO.

1. 'É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações

Acesso ao Sumário

8 Publicada em DJe 19.06.2012, RSTJ vol. 226, p. 863.

9 REsp nº 1.083.203-RS, Rel. Min. Presidente Félix Fischer, decisão monocrática proferida em 21.03.2013, publicada no DJe 26.03.2013.

excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada ante as peculiaridades do julgamento em concreto' (RESP 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009).

Na hipótese, o Tribunal *a quo* considerou notadamente demonstrada a abusividade da taxa de juros remuneratórios pactuada no contrato em relação à taxa média do mercado. Incidência da Súmula 7 do STJ.

2. Consoante entendimento assente na 2ª Seção desta Corte Superior, **admite-se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato** (Súmula nº 294/STJ), desde que **não cumulada com a correção monetária** (Súmula nº 30/STJ), **com os juros remuneratórios** (Súmula nº 296/STJ) **e moratórios, nem com a multa contratual.**

3. Verificada a existência de encargo abusivo no período da normalidade do contrato, resta descaracterizada a mora do devedor.

4. Permitida a cobrança do IOF na forma parcelada porquanto não demonstrada a vantagem exagerada do agente financeiro.

5. A jurisprudência deste Sodalício Superior é assente no sentido de que a compensação de valores e a repetição de indébito são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido para autorizar a cobrança do IOF na forma parcelada."[10]

Esse posicionamento, no entanto, não coincide com a opinião pessoal deste julgador.

Em tese, quando expressamente pactuada, no título executivo extrajudicial, a possibilidade de cobrança da comissão de permanência, no período de inadimplemento da obrigação, em substituição aos encargos financeiros previstos para situação de normalidade, ao credor ficaria facultada a opção por exigir ou não a taxa de comissão de permanência:

"a) não optando, aos encargos financeiros da normalidade (já incluída a atualização monetária) devem ser acrescidos os juros de mora (limitados a 12% ao ano - art. 407 do Código Civil c.c. art. 161, §1º do Código Tributário Nacional) e a multa de 2% (art. 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor).

b) todavia, se a opção for pela substituição dos encargos de normalidade pela comissão de permanência, em face de sua noção conceitual e de

Acesso ao Sumário

10 REsp nº 1.380.635-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática proferida em 07.06.2013, publ. DJe 26.06.2013.

> sua natureza jurídica compensatória, não se verificaria qualquer óbice à sua cumulação com os encargos da mora, quais sejam: a multa contratual e os juros de mora, desde que observada a taxa média de mercado apurada e divulgada pelo BACEN (Circular nº 3.567/11), o que for mais benéfico, se aplicável o Código de Defesa do Consumidor."

Acresça-se ao entendimento acima assinalado outra observação pessoal desse Relator, acerca do teor da Súmula 472, o qual, interpretado em conjunto com o da Súmula 30, **aparentemente** não permite a atualização monetária do valor da obrigação, limitando o índice da Comissão de Permanência à soma dos **"encargos remuneratórios e moratórios"** previstos no título.

Ocorre que tal situação, no contexto econômico atual brasileiro, ensejaria o enriquecimento ilícito do devedor, uma vez que a atualização monetária representa apenas a manutenção do poder aquisitivo da moeda, não sendo admissível a sua exclusão na apuração de qualquer crédito. É devida *ex vi legis* e, em juízo, pode ser concedida de ofício, independentemente de pedido expresso.

Assim, a melhor interpretação seria no sentido de reconhecer que a atualização monetária - qualquer que seja o seu índice - deve ser admitida como incluída no cálculo da comissão de permanência, entendendo-se que a **proibição de cumulatividade** da correção monetária com a comissão de permanência, prevista na Súmula 30 do STJ, **pressupõe essa inclusão da atualização monetária na formação do índice da comissão de permanência** (quando pré-fixado) exigível, após o vencimento, enquanto durar a inadimplência.

Nesse contexto, **a aparente contradição** entre a orientação das Súmulas 472 e 30, ambas do Superior Tribunal de Justiça, **se resolveria** com a conclusão lógica de que o cálculo da comissão de permanência (quando previsto um índice a esse título) já abrange a atualização monetária.

Todavia, essa posição pessoal deve se curvar ante o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, em especial o que ficou decidido no âmbito dos Recursos Repetitivos e jurisprudência daquela Colenda Corte posterior à edição da Súmula 472, que **autoriza a cobrança da comissão de permanência, salvo se impossível o seu aproveitamento, não podendo ultrapassar a somatória de: juros remuneratórios do período de normalidade (ou, se inexistente este, à taxa média de mercado), juros de mora e multa, vedada sua cumulação com qualquer outro encargo, devendo ser descontados os excessos, caso haja cumulação**.

Portanto, admite-se a cobrança da comissão de permanência, desde que não haja cumulação dessa cobrança com outros encargos.

No caso em tela, ainda que na Cédula não conste, de forma expressa, encargo denominado "comissão de permanência", pode-se considerar que tal cobrança está prevista, apenas recebendo outra denominação.

Acesso ao Sumário

Estabelece a cláusula 11 do pacto firmado entre as partes que (fls. 39):

"DOS ENCARGOS DE INADIMPLÊNCIA: No vencimento normal desta CÉDULA ou no eventual vencimento antecipado, o EMITENTE e/ou o(s) AVALISTA(S) incorrerá(ão) em mora, independentemente de aviso ou notificação de qualquer espécie, se deixar(em) de cumprir qualquer obrigação derivada desta CÉDULA, ficando obrigado(s) desde a data do vencimento até a data do efetivo pagamento a pagar o valor então devido, acrescido de: **(i) juros remuneratórios informados no quadro III; (ii) juros de mora à razão de 12% (doze por cento) ao ano calculados sobre o valor devido com os acréscimos anteriores; e (iii) multa de 2% (dois por cento) do valor devido com os acréscimos anteriores.**" (grifo nosso).

Assim, a princípio, não estaria prevista a comissão de permanência. Ocorre que, analisando o "quadro III" mencionado na cláusula e constante da Cédula, consta a previsão de "juros remuneratórios de 14,0% ao mês, em caso de inadimplência" (fls. 38).

Ora, os juros no período de normalidade são de 1,705% e, no período de inadimplência, sobem para 14% ao mês. Este dado, por si, demonstra a cobrança de comissão de permanência "disfarçada". Além disso, este encargo está sendo cobrando cumulativamente com juros de mora e multa, conforme se vislumbra na cláusula supracitada, o que é vedado, nos termos da fundamentação supra.

Assim, conclui-se que a Cédula objeto dos autos prevê, sim, a cobrança de comissão de permanência, mesmo sem atribuir denominação específica para tanto. Por este motivo, merece provimento o recurso da autora para que seja afastada a cobrança cumulada da comissão de permanência com os demais encargos, devendo estes ser afastados.

Para dirimir demais questões quanto à cobrança da comissão de permanência, enfatize-se que o entendimento jurisprudencial consolidado é no sentido de que o cálculo da comissão não poderá ser superior à soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos na avença, isto é, juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação, juros moratórios até o limite de 12% ao ano e multa contratual limitada a 2%, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC[11].

Por fim, no que tange à repetição em dobro, também carece de razão o recorrente, eis que não é cabível a devolução em dobro do excesso cobrado, por não se vislumbrar má-fé por parte da instituição financeira.

Esse é o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal:

Acesso ao Sumário

11 **Art. 52** - No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: (...)

§ 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

"Súmula nº 159: Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil" (correspondente ao atual art. 940 do CC/2002).

Nesse sentido, esta E. 38ª Câmara de Direito Privado já se posicionou:

"Contrato Bancário - Revisional julgada em conjunto com ação monitória - Cerceamento de defesa não configurado - Capitalização de juros - Impossibilidade - Comissão de Permanência - Validade, observadas as limitações das súmulas 30, 294 e 296 do STJ - Repetição em dobro - Incabível por ausência de má-fé - Recurso da autora da revisional parcialmente provido. Juros moratórios e multa contratual - Possibilidade de cumulação - Recurso do Banco provido."[12]

RECURSO DO RÉU

O apelo do banco réu merece ser conhecido apenas no tocante à comissão de permanência, eis que nas demais matérias, a r. sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos da autora.

E, no que tange à comissão de permanência, não lhe assiste razão, eis que é vedada a cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos, conforme fundamentação supra, a qual se faz referência, negando-se provimento ao apelo.

3.- Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da autora e conhece-se em parte do recurso do réu e, na parte conhecida, nega-se provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002611-31.2005.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que são apelantes/apelados CARLOS ALBERTO MANSUR ZAQUIA, ISAURA MARTINS SPINOLA DE MELLO, WANDER MARTINS SPINOLA DE MELLO, WAGNER MARTINS SPINOLA, VANIA MARTINS SPINOLA DE MELLO SANCHES, JUVENAL ABDALLA, DENISE SECCHES DE CARVALHO, ADRIANA CARVALHO DEL´ARCO, ANDERSON CARVALHO, ORLANDO LIBERIO VIOLA e FUAD GHANNAGE, é apelado/apelante COINBRA FRUTESP S/A.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso dos autores, vencido neste ponto o 3º Desembargador que o provia em parte, e, por unanimidade, negaram provimento ao recurso da ré. Declararão votos o Revisor e o 3º Desembargador.", de conformidade com o

Acesso ao Sumário

12 TJSP, APEL.Nº: 990.10.077514-6, Rel. Des. SOUZA LOPES, j. 28.04.2010.

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.447)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), VANDERCI ÁLVARES e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE LARANJAS DESTINADAS À PRODUÇÃO DE SUCO CONCENTRADO DE EXPORTAÇÃO.

REMOÇÃO DO EX-RELATOR, QUE NÃO SE TORNOU JUIZ CERTO. RELATORIA ASSUMIDA POR DESEMBARGADOR REMOVIDO PARA A CADEIRA.

PRELIMINARES REJEITADAS. DECISÃO SANEADORA QUE ESPECIFICOU OS PONTOS CONTROVERSOS E DEFERIU O APROVEITAMENTO DE PROVA EMPRESTADA. PARTES QUE SE CONFORMARAM E NÃO RECORRERAM. PRECLUSÃO INCIDENTE.

NULIDADE INEXISTENTE. PARTES CIENTES DO ÂMBITO DA CONTROVÉRSIA, ÀS QUAIS FOI ASSEGURADA AMPLA PRODUÇÃO DE PROVAS E LIVRE EXPOSIÇÃO DE SUAS RAZÕES.

LIDE CORRETAMENTE RESOLVIDA. PRODUTORES QUE ARROSTAM OS RISCOS ATÉ A TRADIÇÃO DA FRUTA E QUE DEVEM PARTICIPAR DOS LUCROS, NOS LIMITES DO CONTRATO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS QUE DEVE LEVAR EM CONTA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E A INTENÇÃO DAS PARTES EM ADOTAR COMPLEXA FÓRMULA DE CÁLCULO DO PREÇO DA LARANJA, PRIVILEGIANDO A BUSCA PERENE DE QUALIDADE.

CLÁUSULA PENAL NÃO INCIDENTE, PORQUE NÃO SE TRATA DE RESOLUÇÃO, POR INADIMPLEMENTO, MAS DE COMPLEMENTAÇÃO DO PREÇO, MEDIANTE CORRETA APLICAÇÃO DE CLÁUSULAS DO

Acesso ao Sumário

CONTRATO.

DANOS MORAIS INEXISTENTES. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL QUE NÃO VIOLA A DIGNIDADE DA PARTE INOCENTE.

RECONVENÇÃO IMPROCEDENTE, POIS NÃO HOUVE COBRANÇA INJUSTIFICADA DE PREÇO PAGO, MAS A EXITOSA BUSCA DE COMPLEMENTAÇÃO DO PREÇO.

Apelações desprovidas.

VOTO

1. A r. sentença de fls. 1679/1688, da lavra do culto Magistrado **NEYTON FANTONI JÚNIOR**, resolveu o processo de conhecimento, com exame do mérito da ação e da reconvenção, e a sua parte dispositiva assim foi redigida:

"IX. Pelo exposto: a) **julgo parcialmente procedentes os pedidos** deduzidos pelos autores para condenar a ré ao pagamento dos valores referentes às diferenças de cálculo da TRF, conforme item 1 dos pedidos deduzidos na inicial, de acordo com os respectivos contratos e o número de frutas entregues, com efetivação em liquidação de sentença, **rejeitados** os demais pedidos formulados pelos autores; b) **julgo improcedente** a reconvenção sem reconhecimento de litigância de má-fé. Arcará a ré com o pagamento das custas remanescentes e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o montante atualizado da condenação, já consideradas a dimensão da sucumbência recíproca e a improcedência da reconvenção".

Os autores (fls. 1696/1705) e a ré (fls. 1707/1713) apresentaram embargos de declaração, que foram rejeitados pela r. sentença de fls. 1715/17.

Sobrevieram apelações, tempestivas e preparadas.

Os autores, em suas razões (fls.1721/1753), reiteram o entendimento de que foram prejudicados pela conduta da ré, que descumpriu o contrato firmado pelas partes, por força do qual compraria laranjas fornecidas pelos autores, safra 1999/2000, pois alterou os números relativos à Taxa de Rendimento de Fruta - TRF. Entendem que a fraude contábil praticada pela ré foi comprovada nos autos, mediante auditoria contábil, em que se apurou uma diferença de mais de 15.000 toneladas de suco que foram sonegadas no cálculo. A fraude foi ratificada, ademais, no laudo pericial. Portanto, ficou provado o descumprimento contratual, fato bem reconhecido na sentença, que, no entanto, deve ser reformada, em parte, para a imposição da multa pactuada, que é devida, conforme procuram demonstrar em suas razões, porque, ante a fraude perpetrada pela ré, era despicienda a sua notificação. Os pagamentos tinham termo certo, o que dispensava a notificação da devedora, que ademais deve arcar com a reparação dos danos morais, ante a prática ilícita de adulteração

Acesso ao Sumário

da própria contabilidade, para prejudicar os produtores e o Fisco. Para que isso ocorra (imposição de multa e condenação a reparar os danos morais), aguardam seja provido o recurso.

De seu turno, a ré suscita, em sua razões de fls. 1758/1781, diversas questões preliminares. Impugna a falta de despacho saneador e de definição dos pontos controversos, que jamais foram fixados, de tal sorte que não estava obrigada a produzir prova da existência de insumos necessários à extração e à ultrafiltração de *Core Wash* no período de julho a outubro de 1999. Afirma que a r. sentença não apresenta fundamentação suficiente acerca da conclusão de inexistência de tais insumos necessários, no período mencionado. Por outro lado, o *Core Wash* ultrafiltrado ou UF não poderia integrar a base de cálculo da TRF, em 1995, pois os equipamentos necessários somente foram adquiridos em 7 de abril de 1999 e entraram em operação em junho de 1999. Todavia, não foi especificado como ponto controverso o fato de tais equipamentos conterem os insumos necessários no período de julho a outubro de 1999. Outra nulidade ocorreu porque a sentença omitiu-se ao deixar de julgar se o UF deveria ou não integrar a base de cálculo da TRF, e também ao não apreciar os registros contábeis e de produção constantes dos autos, além de ignorar a nota fiscal de compra dos equipamentos e importantes pareceres técnicos. Todavia, se mantida a sentença, a despeito de tais nulidades assinaladas, será mister o decote da condenação de 4.383,61 toneladas de *Core Wash* ultrafiltrado ou UF produzidos entre outubro de 1999 e o final da safra.

No mérito, alega que os contratos firmados são aleatórios, dado o risco que a compra e venda das laranjas encerra. Afirma não ter manipulado os cálculos da TRF e explica o modo de apuração do preço da caixa das frutas e o cálculo final da TRF. Aduz que não há impedimento ou restrição à adição de UF ao suco concentrado, desde que isso ocorra antes da fase de concentração do suco de laranja primário. Entende ter recebido quitação dos vendedores, que assim não poderiam mover a ação de cobrança, fato que torna imperioso o acolhimento da reconvenção. Aguarda sejam respeitados os contratos, em homenagem à segurança jurídica.

Os recursos foram bem processados, com contrarrazões oferecidas a fls. 1789/1809 e 1811/1826.

Por decisão monocrática, o então Relator, **Des. SEBASTIÃO FLÁVIO**, determinou diligências (fls.1830/31).

As partes manifestaram-se a respeito, sendo-lhes franqueada vista na Secretaria (fls.1833/35, 1837/42, 1846/9, 1854, e 1856/1889).

É o relatório.

2. O relator sorteado, **Des. SEBASTIÃO FLÁVIO**, removeu-se para a 24ª Câmara de Direito Privado, por permuta aprovada pelo Colendo Órgão

Acesso ao Sumário

Especial (Diário Oficial eletrônico do dia 8 de agosto de 2013)

Cumpre verificar se S. Exa. tornou-se juiz certo, ao converter o julgamento em diligência, hipótese em que estaria vinculado ao processo, mesmo tendo se removida para Câmara diversa, integrante da Subseção II de Direito Privado desta Corte.

A resposta é negativa, porque a conversão em diligência deu-se por decisão monocrática (fls. 1830/31), sem a remessa ao Revisor ou à Mesa de julgamento.

O Regimento Interno define as hipóteses de vinculação do juiz ao processo ("juiz certo") e, no que interessa a este processo, devem ser examinadas as previstas nos incisos I e II do art. 108, a saber:

"I - O desembargador com visto nos autos ou que pedir adiamento do julgamento, independentemente do motivo da cessação de sua participação no órgão julgador;

II - O desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador".

Tendo em vista que a conversão em diligência se fez por decisão monocrática, e não pelo Colegiado, afasta-se a hipótese prevista pelo inciso II, cabendo então verificar se o ex-Relator exarou "visto" nos autos, para se vincular nos termos do inciso I.

Para os fins regimentais, o *"visto"* é entendido como o ato subsequente ao exame dos autos, com determinação de remessa ao Revisor ou à Mesa, ou seja, trata-se de consagrada e sugestiva expressão utilizada para demonstrar que o Relator formou a sua convicção e está apto a proferir o seu voto - conforme dispõem os artigos 168, 169 e 170 do novo Regimento Interno.

O revogado Regimento, que se estendia ao longo de 918 artigos, claramente impunha como dever do Relator ***"lançar seu visto em todos os feitos que remeter ao revisor, ou à Mesa, para julgamento"*** (art. 202, inciso XVI).

Acesso ao Sumário

A questão foi resolvida, de vez, pelo Assento Regimental nº 413/2012, que conferiu ao art. 65 da *Lex interna corporis* (atual art. 68, após a revisão de novembro de 2013) a seguinte redação:

"Nos casos de remoção ou permuta, o Desembargador assumirá o acervo da nova cadeira, continuando vinculado, nas Turmas Especiais, no Grupo ou na Câmara de origem, aos feitos em que houver lançado visto, com remessa à mesa para julgamento".

Conclusivamente, tendo em vista que o eminente **Des. SEBASTIÃO FLÁVIO** não encaminhou os autos à Mesa, mas determinou diligência necessária

à melhor elucidação dos fatos, não se encontra, por conseguinte, vinculado ao processo, tornando possível a este Desembargador assumir a Relatoria.

3. Insurge-se a ré contra a falta de especificação de pontos controversos, e se diz surpreendida com o enfoque conferido pela r. sentença, para a resolução do caso, mas o fato é que se conformou perfeitamente com a decisão saneadora de fls. 463, pois não interpôs recurso, de modo a permitir a incidência de *preclusão* a respeito.

Eis o expressivo e claro tópico final da decisão saneadora:

"6. De idêntica maneira, e pelos mesmos fundamentos acima explicitados, fica estendida a decisão que, à luz dos pontos controvertidos relativos aos critérios e documentos relacionados à formação e composição da **TRF-TAXA DE RENDIMENTO DA FRUTA**, bem como dos mecanismos de controle do índice da "ratio", em face dos mecanismos de controle e programação de colheita das frutas negociadas, nomeou perito judicial o engenheiro agrônomo Paulo Roberto do Amaral, para realização de exame, vistoria e avaliação da sistemática de controle e programação da colheita das frutas objeto do vínculo obrigacional estabelecido entre os litigantes".

Além disso, a ré também aceitou o encerramento da instrução - decisão exarada a fls. 1617-A -, e ofereceu seus memoriais, sem nada questionar a respeito da tramitação do processo, mas ferindo o mérito, nos seguintes pontos (fls. 1668/9):

> "I. o Core Wash Ultrafiltrado ou UF não compõe a base de cálculo da TRF porque as partes não ajustaram nesse sentido, até porque esse produto somente passou a ser extraído da fruta pela Coinbra depois da celebração dos contratos;
>
> II. Core Wash Ultrafiltrado e UF denominam o mesmo produto secundário obtido a partir da parte central da laranja, também conhecido como o "coração" da laranja, constituída de bagaço, sementes e membranas, sendo que a Coinbra emprega a denominação UF para identificá-lo em seus controles de produção;
>
> III. os Quadros demonstrativos de Produção da Coinbra que instruíram o laudo contábil indicam a produção diária de Core Wash Ultrafiltrado ou UF produzido pela Coinbra; e
>
> IV. a Coinbra não manipulou a TRF".

As preliminares suscitadas com as razões recursais encerram, na realidade, incompreensível preciosismo, pois as partes sempre demonstraram, no curso do processo - e mesmo antes de seu ajuizamento -, perfeito conhecimento da questão litigiosa e de suas nuances e especificidades.

Basta a leitura da carta enviada pela ré à empresa de auditoria extrajudicial, para isso constatar (fls. 127):

"Sob todas as ressalvas já anteriormente consignadas que continuam a prevalecer, e com o único objetivo de pôr fim a este ação cautelar de exibição

Acesso ao Sumário

de documentos (...), encerrando a devassa que lhe vem sendo imposta sem peia, a Coinbra-Frutesp encaminha, em anexo, planilhas com os índices de "TRF+UF" dos produtos acima nomeados (...) como se o produto UF pudesse ser considerado no cálculo das respectivas "TRF", o que não é o caso, como será devidamente provado no momento processual oportuno".

A verdade é que o processo foi bem instruído e as partes tiveram ampla liberdade de produção de provas de seu interesse e oportunidade para apresentar suas razões, de tal modo que as frágeis preliminares são rejeitadas.

4. No mérito, o julgamento se faz com base no exame das provas e interpretação de cláusulas do contrato, sem qualquer surpresa das partes, que, cientes do que contrataram e sabedoras de como deram cumprimento ao que foi pactuado, puderam bem expor suas razões ao longo da marcha processual.

Conforme já explicado, não houve recurso contra a técnica adotada pelo Juízo, que julgou com base em prova emprestada de outros processos, nos quais a ré participou e pode se defender, o que afasta qualquer alegação de cerceamento, prestigiado o princípio do contraditório.

5. A auditoria judicial deferida na medida cautelar preparatória, ajuizada por determinados produtores, insatisfeitos com o cálculo da taxa de rendimento de fábrica (TRF), apresentou a seguinte conclusão (fls. 122):

"Os cálculos da Taxa de Rendimento de Fábrica - TRF demonstrados acima, que inclui o suco de laranja concentrado e congelado - UF, são praticamente iguais aos cálculos, nessa mesma condição, informados pela Coinbra-Frutesp S/A através de carta datada de 29 de setembro de 2003, apesar da ressalva desta, na mesma carta, já devidamente apontada e esclarecida no último parágrafo do item 1.2 acima".

"Se excluída dos cálculos a produção denominada suco de laranja concentrado e congelado - UF, a TRF obtida é praticamente igual à informada originalmente pela Coinbra Frutesp S/A".

"Assim, são apurados diferentes índices de eficiência de fábrica de extração de suco concentrado de laranja, que implicam em diferentes TRF para cada fornecedor de laranja integrantes do processo judicial nº 821/2002 da 1ª Vara da Comarca de Bebedouro, São Paulo".

6. O laudo do Perito Contador Guilherme Luiz Bertoni Pontes (prova emprestada), parcialmente retificado após as críticas do assistente técnico da ré (fls. 1455/1464), apresentou, em resumo, as seguintes conclusões:

"A ré comprovou o regular cumprimento do regime de "drawback" mediante embarques de "Suco de laranja Concentrado e Congelado - UF" realizado no período de 03.02.2000 a 13.03.2001, conforme se observa da declaração do Banco do Brasil em comunicação de 10.07.2001 .".

"Este Perito revisou, conferiu e confrontou os Quadros Demonstrativos de Produção que instruíram o laudo contábil de fls. ... com a planilha apresentada pela ré a fls. ..., e confirma que neles constam a produção diária de UF da fábrica

Acesso ao Sumário

de Bebedouro no período de 16.07.1999 a 23.12.1999, totalizando a produção de 8.191.291 kg de UF na safra 1999/2000. O total obtido por este Perito é 19 Kg menor do que os 8.191.310 kg informados pela ré em sua impugnação".

"Portanto, a denominação "suco de laranja concentrado e congelado - UF" foi empregada pela ré para comprovação do cumprimento do regime de "drawback". A quantidade de "suco de laranja concentrado e congelado (UF)" é igual à quantidade adicional de suco de laranja concentrado e congelado obtida com a incorporação, ao suco primário, com o uso das membranas importadas com o benefício fiscal".

7. O Magistrado assim resumiu a sua convicção, obtida a partir da análise da prova pericial (fls. 1682):

"Efetivamente, a prova pericial submetida ao crivo do contraditório revelou que "core-wash" e ultrafiltrado são coisas distintas, de modo a afastar a relação entre a siglo UF e "core-wash", especialmente em razão da ausência de inserção documental e do fato da importação de resinas e membranas ser posterior a parte de produção do UF (FLS. 646/647, 645/646, 648/649, 650/651, 677, 657/658 e 684)".

"Pelo que se extrai dos autos, à luz da confrontação analítica retratada a fls. 1.647 do memorial apresentado pelos autores, de acordo com os documentos contábeis a suposta produção de UF teria se iniciado em julho de 1999, ao tempo em que os insumos indispensáveis à produção somente foram disponibilizados à ré em outubro/1999, de modo a retratar a própria inviabilidade temporal, excludente da possibilidade de produção do UF antes da concretização da importação dos insumos indispensáveis à sua produção".

8. A ré, inconformada com o julgamento, afirma que dispunha de equipamentos para o trabalho de ultrafiltragem do *"core wash"*, invocando a nota fiscal de fls. 391, apta a comprovar que, desde abril de 1999, comprara os aparelhos necessários para tal trabalho que propiciaria melhor aproveitamento das frutas.

De fato, além da nota fiscal, a ré conta, em seu favor, com o laudo pericial contábil, que admitiu como fato a "produção diária de UF da fábrica de Bebedouro no período de 16.07.1999 a 23.12.1999, totalizando a produção de 8.191.291 kg de UF na safra 1999/2000".

Portanto, cumpre afastar tal fundamento da r. sentença, que, no entanto, pode ser confirmada, por ter resolvido corretamente, com justiça e técnica jurídica, a lide.

9. Eis o outro fundamento da r. sentença, que se confirma:

"**No mérito propriamente dito**, a convicção judicial resulta formada a partir do princípio do equilíbrio econômico do contrato e do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, sob a perspectiva da legalidade civil-constitucional.

Sob a dimensão normativa dos arts. 131, 335 e 436, todos do CPC, há elementos de prova constantes dos autos, à luz da realidade obrigacional

Acesso ao Sumário

consubstanciada no contrato de fornecimento de frutas abrangendo as safras 1999/2000, indicativos de maior aproveitamento econômico da fruta pela ré, a gerar reflexos negativos no cálculo da TRF, de modo a traduzir enriquecimento sem causa.

Sob tal atmosfera e comportamento negocial, rompeu-se o equilíbrio econômico do contrato com a estratégia adotada pela ré, a ensejar superaproveitamento da fruta pelo cálculo e apuração da TRF, fundamentando a pretensão ao recebimento das diferenças".

10. A adoção de complexa fórmula de cálculo do preço do produto justificou-se para incrementar a qualidade da laranja, de modo a propiciar maior pagamento ao produtor da melhor fruta.

Por outro lado, os riscos de perecimento da fruta, por granizo, queda ou maturação precoce, são arrostados pelo produtor, até a tradição, nos termos do contrato (cláusula 2.5, fls. 34).

Sendo assim, julgo que o contrato não pode ser interpretado de modo a afastar o produtor do lucro obtido com a ultrafiltragem do *"core wash"*, devendo, ao revés, ser conferida a inteligência que prestigia a parceria que deve existir entre o produtor e a indústria.

Na época em que firmados os contratos, a ré não dispunha de tecnologia de ultrafiltragem do resíduo sólido da laranja, denominado *"core wash"*, de tal modo que as partes pactuaram que a base de cálculo da taxa de rendimento da fruta levaria em consideração a quantidade de caixas de laranja necessárias a produzir uma tonelada de suco concentrado de laranja a 66 brix, "aí incluindo-se também o *'Pulp-Wash'*"".

O advento da nova técnica de ultrafiltragem, adotada pela ré no ano de 1999, permitiu melhor aproveitamento da fruta, pois o produto obtido passou a ser adicionado ao suco que seria exportado, sendo lícito interpretar o contrato de modo a agregar no cálculo da TRF também a quantidade obtida com o *"Core wash UF"*.

Ressalte-se que o aproveitamento integral da fruta está a depender de sua qualidade, sendo adotada a complexa fórmula prevista nos contratos com o escopo de conduzir os produtores à busca permanente de frutas melhores.

Por outro lado, como já exposto, os produtores assumem integralmente os severos riscos inerentes a todo o processo de plantio, cultivo e colheita da fruta, de tal modo que não podem ser alijados do lucro propiciado pela obtenção de novo processo tecnológico que extrai, da fruta de qualidade, maior quantidade de suco de ampla aceitação no mercado internacional.

Afinal, o suco exportado pela ré foi obtido das laranjas vendidas pelos autores, que devem ser remunerados pela quantidade correspondente, nos termos da fórmula pactuada, agregando-se, no entanto, o volume de *Core wash*

Acesso ao Sumário

ultrafiltrado no cálculo pertinente.

Tal interpretação, que melhor se amolda à economia do contrato, não é vedada pela cláusula 5.5., tantas vezes invocada pela ré, e que apenas permitia a ela a destinação do resíduo sólido *Core wash*, antes da adoção da técnica de ultrafiltragem, que ensejou a adição de mais suco ao volume total a ser exportado pela ré, com majoração do lucro, que deve ser partilhado com os parceiros produtores.

A mencionada cláusula somente poderia ser aplicada se o *Core wash* não fosse submetido ao processo de ultrafiltragem e agregado ao volume de líquido exportado. A propósito, o assistente técnico da ré, Prof. Martinho Maurício Gomes de Ornelas, no ponto, esclarece que não há interesse na comercialização específica do *"Core Wash"*, sendo mais vantajoso, economicamente, obter o produto ultrafiltrado, para ser agregado ao suco objeto de exportação (fls. 1464). O lucro propiciado pela fruta deve ser dividido entre os contratantes, por conseguinte, segundo entendo, pois com a nova técnica o resíduo que não seria aproveitado passa a ser exportado como suco concentrado, o que afasta na espécie a mera interpretação literal da referida cláusula.

> **11.** A sentença corretamente determinou novos cálculos para a apuração do preço das laranjas, levando em conta **"o maior aproveitamento econômico da fruta pela ré"**.
>
> A tal conclusão se chega, sem maior dificuldade, mediante interpretação das cláusulas do contrato e do exame das circunstâncias fáticas, tendo-se presente a advertência do **PROF. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO**, baseada na célebre frase de **ORTEGA Y GASSET**, no sentido de que ***"o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias"*** ("Negócio Jurídico", Existência, Validade e Eficácia, Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 120).
>
> Ou, por outras palavras, estas do **Desembargador JOSÉ OSÓRIO**: "***Muito mais importante do que assinalar distinções e afinidades entre os contratos é perceber o que foi realmente querido pelas partes. É isso que deve orientar o intérprete. A pura opção teórica por um tipo de contrato pode contrariar a realidade das coisas e acarretar funestas conseqüências.***" ("Compra e Venda, Troca ou Permuta", Ed. RT, 2005, p. 24).

12. Cuida-se de aplicar o disposto nos artigos 5ª da Lei de Introdução ao Código Civil (*"Na aplicação do direito, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"*) e 131, nº 1, do Código Comercial (*"Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A inteligência simples e adequada que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras"*).

Acesso ao Sumário

A propósito, eis a lição sempre atual de **FRAN MARTINS**, na clássica obra "Contratos e Obrigações comerciais", Ed. Forense, 6ª ed., 1981, p. 91:

"Na interpretação das cláusulas dos contratos deve ser dada maior importância à intenção das partes do que à rigorosa e restrita significação das palavras. Essa regra, contida no art. 131, nº 1, do Código Comercial, foi reforçada pelo art. 85 do Código Civil, que dispõe que:

'Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem'.

'Quer a lei, desse modo, resguardar a boa-fé das partes contratantes, princípio de largo alcance no campo do direito comercial, pois a boa-fé, característica das operações mercantis, serve para dar maior rapidez e segurança aos atos do comércio'".

13. Por tais fundamentos, julgo por confirmar a r. sentença, inclusive no ponto relativo à indenização por padecimento moral, corretamente negada pelo MM. Juiz de Direito, conforme o seguinte precedente desta Corte, bem ajustado à espécie, Apelação nº 83.060.4/5-00, julgada em 12 de agosto de 1999, da relatoria do eminente Desembargador **JOSÉ OSÓRIO:**

> "NOS CASOS DE ILÍCITO CONTRATUAL, EXIGE-SE MAIOR SEVERIDADE PARA O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL. SÓ MESMO EM CASO DE DOLO CIVIL OU DE CULPA GROSSEIRA POR PARTE DO CAUSADOR DO DANO. NOS DEMAIS CASOS, ENTENDE-SE QUE OS ABORRECIMENTOS SOFRIDOS SÃO CONSEQUENCIA NATURAL DA VIDA DOS NEGÓCIOS.
>
> "É O QUE ACONTECEU NO PRESENTE CASO, EM QUE A RÉ TEVE ALGUM MOTIVO PARA EXPLICAR SEU COMPORTAMENTO, SENDO CERTO AINDA QUE, PARA TANTO, COLABOROU O COMPORTAMENTO DA SEGURADA."

14. A aplicação da multa contratual dependeria de prévia interpelação da parte infratora, o que não se verificou na espécie, conforme bem reconhecido pelo ilustre Magistrado de 1º grau.

No ponto, é muito clara a cláusula 5.11: "No caso de infração de quaisquer cláusulas deste contrato, ficará facultado à parte prejudicada considerar o presente contrato rescindido de pleno direito, mediante notificação ou interpelação, ficando ainda a parte inadimplente sujeita à multa penal não compensatória de 20% do valor da safra em curso, além de perdas e danos e outras medidas judiciais cabíveis".

Acesso ao Sumário

Além disso, mesmo que superado tal óbice, por força da citação (que teria o condão de suprir a falta de interpelação, nos termos do voto vencedor do Des. **VANDERCI ÁLVARES**, Revisor), tem-se que não houve propriamente infração apta a deflagrar a multa, senão que interpretação equivocada do contrato, corrigida na via judicial, com determinação de recálculo dos valores devidos aos produtores, nos termos da fundamentação deste voto-condutor.

Por tal fundamento, que prevaleceu após intenso debate nas duas Sessões de julgamento, rejeita-se o pedido de aplicação da multa, vencido, no ponto, o eminente **Des. MARCONDES D'ANGELO**, que provia o recurso dos autores, para lhes deferir tal pedido, condenando a ré ao pagamento da multa pactuada.

15. E igualmente não tem razão a ré, ao alegar que obteve quitação, o que seria impossível, na espécie, pois aqui os autores estão a cobrar parcela do preço que não lhes foi paga, e que, portanto, não foi objeto dos recibos anteriormente emitidos (a quitação, obviamente, compreende apenas os valores pagos).

A hipótese assemelha-se com a tese sustentada pelas seguradoras que quitam parcialmente a indenização do seguro obrigatório DPVAT e depois não querem pagar eventual acréscimo devido, apurado em Juízo, alegando que obtiveram quitação integral, tese rechaçada pela Súmula 9 desta Corte de Justiça ("O recebimento do seguro obrigatório implica tão-somente quitação das verbas especificamente recebidas, não inibindo o beneficiário de promover a cobrança de eventual diferença").

16. Por fim, descabe acolher a reconvenção, porque a ação não cuida de mera cobrança de valores pagos e os autores buscam a mera complementação do preço, mediante interpretação do contrato e novo cálculo da mencionada TRF - logrando êxito em sua pretensão.

17. Por meu voto, portanto, **nego provimento às apelações** e confirmo em todos os seus termos a excelente sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO EM PARTE DIVERGENTE.

(Voto nº 31.268/2014)

Vistos.

Não obstante a excelência do voto proferido pelo eminente Desembargador Relator **EDGAR ROSA**, a cujas razões aderiu, com ressalva, o insigne Desembargador Revisor **VANDERCI ÁLVARES**, ouso divergir em pequena parte da douta maioria, "data vênia", por entender que a conduta contratual ilegal da requerida deflagrou a multa penal compensatória prevista na cláusula contratual 5.11 em favor do requerente.

Com efeito, depois de reconhecer que a requerida estava obrigada contratualmente a dividir o lucro propiciado pelas frutas fornecidas à requerente, resultante da adoção da nova técnica que permitia o melhor aproveitamento do resíduo das frutas, no que concordo plenamente, a douta maioria afastou a incidência da multa penal compensatória ao fundamento de que não teria havido interpelação da parte infratora pela inocente, tal como exige a cláusula 5.11 do indigitado contrato.

Acesso ao Sumário

Resguardado o devido respeito ao entendimento expressado, entendo incabível admitir a necessidade de interpelação extrajudicial para efeito de deflagração da multa compensatória na hipótese, vez que o inadimplemento só pôde ser verificado em juízo, e nesse caso, a citação teve o condão de colocar a devedora em mora (Código de Processo Civil, artigo 219).

E, tanto foi assim, que a requerida se defendeu adequadamente do pedido de cobrança da multa articulado na petição inicial ao longo da lide.

Portanto, para este julgador, se o contrato previu estipulação estabelecendo a incidência da multa em caso de inadimplemento e o inadimplemento somente pode ser constatado em juízo, com ou sem dolo, já que não há previsão contratual para tanto, devida, sem dúvida, a multa penal compensatória, cuja apuração se daria em fase de liquidação, caso fosse o entendimento da douta maioria.

Ante o exposto, pelo meu voto, divergindo em parte da douta maioria, dou parcial provimento ao recurso de apelação do autor para julgar procedente o pedido relativo à cobrança da multa penal compensatória, nos moldes desta decisão.

MARCONDES D'ANGELO, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 23.084/14)

Vistos.

1. Com todo o respeito ao entendimento que se extrai do voto parcialmente divergente do Desembargador Marcondes D'Angelo, entendo incabível, no caso, a multa contratual de 20% *"do valor da safra em curso"* (vide cláusula 5.11, do contrato)[1].

Não que entenda não ocorrente a prévia interpelação, porque a citação é a forma mais veemente das interpelações.

Nesse sentido, o magistério de E. D. Moniz Aragão: *"A citação inicial se soma às causas de constituição em mora, tendo sido reputada a mais enérgica de todas as interpelações"* (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 2ª ed., Forense: 1976, p. 232).

É que não se estadeou, na hipótese, o inadimplemento absoluto previsto naquela cláusula contratual.

Só essa circunstância ensejaria aplicação daquela multa prefixada.

E o que houve, verdadeiramente, na hipótese, foi simples incidência de

Acesso ao Sumário

1 "No caso de infração de quaisquer cláusulas deste contrato, ficará facultado à parte prejudicada considerar o presente contrato rescindido de pleno direito, mediante notificação ou interpelação, ficando ainda a parte inadimplente sujeita à multa penal não compensatória de 20% do valor da safra em curso, além de perdas e danos e outras medidas judiciais cabíveis".

acréscimo do valor inicialmente quitado, em razão de circunstância só aferível através de perícia que apurou, em juízo, que aquela quitação não foi plenamente satisfatória, havendo diferença a pagar por força de novo cálculo da mencionada TRF.

3. "Ex positis", pelo meu voto, acompanho integralmente o voto do digno relator, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento da não incidência da multa contratual.

VANDERCI ÁLVARES, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002722-62.2010.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante JEFFERSON RODRIGUES ALVES DENIZ ME. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CLARO S/A.

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 nº 1488)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Prestação de serviços de telefonia. Ação de revisão de cláusula contratual. Tutela indeferida. Nulidade da sentença inexistente. Cerceamento de defesa não configurado. Juiz é o destinatário das provas, e tem poder discricionário na condução do processo. Conjunto probatório suficiente ao deslinde da controvérsia. Autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar fato constitutivo de seu direito. Art. 333, I, do CPC. Contratação de prestação de serviços de telefonia móvel com aparelhos celulares. Cláusula de fidelização. Legalidade. Venda casada não configurada. Inaplicabilidade da inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Sentença de improcedência mantida. Recurso

Acesso ao Sumário

improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 145/149, cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação de revisional de contrato com pedido de liminar e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa, observada a gratuidade.

Irresignado, insurge-se a empresa autora, fls. 151/162, pleiteando a reforma da r. sentença. Em preliminar, alega que a sentença é nula, pois não tem fundamentação jurídica. Aponta que ocorreu o cerceamento de defesa diante do indeferimento da produção de prova pericial. No mérito, sustenta que o contrato é ilegal, porque há prática de venda casada ao condicionar a contratação do plano de telefonia móvel com a aquisição de aparelhos. Aponta a ilegalidade da cláusula em que há fidelização. Alega que o CDC é aplicável e diante da relação de consumo pretende a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Requer o deferimento da tutela para exclusão do seu nome dos cadastros de inadimplentes.

Recurso recebido, fl. 163, e contrarrazões, fls. 175/184.

O recurso foi inicialmente distribuído ao Des. Reinaldo Caldas e redistribuído a este Relator que passou a integrar esta Colenda Câmara, em razão da designação disponibilizada no DJE, data de 04 de outubro (caderno administrativo, fl. 09).

É o relatório.

Sem razão a apelante, não merecendo reforma a r. sentença que deu correta solução à lide.

A empresa autora, ora apelante, contratou com a apelada a prestação de serviços de telefonia móvel na modalidade pós-pago e, juntamente, adquiriu cinco aparelhos celulares.

Acesso ao Sumário

Preliminarmente, não merece prosperar as preliminares suscitadas. A alegação de cerceamento de defesa não merece acolhimento, pois o art. 330, I, do CPC, permite o julgamento antecipado, e as provas dos autos eram suficientes para tanto.

Ressalta-se que o conjunto probatório constante dos autos é suficiente para a formação do convencimento do magistrado *a quo*, seu principal destinatário, que, no seu entendimento, já dispunha de elementos suficientes para formar a sua convicção, e não prolongar o processo, abrindo fase probatória, que reputou desnecessária.

Conforme previsão do art. 130 do CPC: "Caberá ao juiz, de ofício ou a

requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Não merece prosperar o inconformismo da apelante com relação ao cerceamento de defesa, por não ter sido realizada a prova pericial, pois os elementos dos autos são suficientes para o deslinde da demanda.

Por seu turno, a r. sentença não padece de nulidade, pois o art. 330, I, do CPC, permite o julgamento antecipado, e as provas dos autos eram suficientes para tanto. Assim é, porque o r. *decisum* contém, em seu bojo, os necessários fundamentos a uma decisão judicial, não se vislumbrando, pois, onde se alojaria o indigitado vício.

A propósito, veja-se o que segue:

"Prestação de serviços. Monitória. Serviços educacionais. Procedência decretada em primeiro grau. 1. Não vinga preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, na busca de produção da dilação probatória oral, quando os aspectos decisivos da causa já se afloram suficientemente líquidos a embasar convencimento do magistrado, diante da prova documental amealhada pelas partes ao processo. Preliminar rejeitada. (...)". (TJ/SP, Apelação nº 0000979-91.2012.8.26.0405, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vanderci Álvares, j. em 13/03/2014).

"Compra e venda de veículo. Ação redibitória. Pretensão que visa à devolução de valores e à indenização por dano moral. Veículo sinistrado anteriormente à venda. (...) Apelação do autor. Preliminar. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado de rigor. Art. 130 do CPC. Preliminar rejeitada. Mérito. Renovação dos argumentos iniciais. (...)." (TJ/SP, Apelação nº 0001974-79.2010.8.26.0145, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Occhiuto Júnior, j. em 25/04/2013).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO. 1. Se o apelante não demonstrou a pertinência e relevância da prova que pretendia produzir, bem como a sua utilidade para o deslinde do feito, não pode ser reconhecido o cerceamento de defesa. 2. Se o protesto e a consequente inscrição do nome do autor no Serasa foi realizada em exercício regular de direito, não há obrigação de indenizar. Sentença mantida. Recurso improvido." (TJ/SP, Apelação nº 0182760-59.2010.8.26.0100, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. em 27/06/2012).

No mérito, não merece prosperar o inconformismo da apelante, pois não há abusividade na cláusula de fidelização, bem como não se reconhece a venda casada.

A previsão de cláusula com prazo de carência mínima não traz abusividade,

Acesso ao Sumário

desde que tenha como razão de ser a concessão de benefícios ao consumidor, diante da reciprocidade das prestações impostas às partes contratantes.

Já decidiu o C. STJ que: "há de se considerar, por outro lado, que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho celular é subsidiada pela recorrente, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir à operadora um mínimo de retorno do investimento feito. Para aqueles que queiram ou possam pagar pelo primeiro aparelho (aquele que venha a ser roubado ou furtado), existe a possibilidade de contratar o serviço de telefonia móvel sem nenhuma carência, inclusive os chamados celulares "pré-pagos", livres de fatura mensal" (REsp nº 1087783/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 01/09/2009, DJE 10/12/2009)."

Assim, a contratação de serviços de telefonia e a aquisição simultânea de aparelhos celulares não caracteriza a "venda casada" (art. 39, I, do CDC).

No mesmo sentido:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL - AQUISIÇÃO DE APARELHO A PREÇO MENOR SOB A CONDIÇÃO DE PERMANECER COMO CLIENTE DURANTE DETERMINADO PERÍODO - ADMISSIBILIDADE. 'Contratação simultânea de prestação de serviços de telefonia móvel e de 'comodato' de aparelhos celulares, com previsão de permanência mínima que, em si, não encerra 'venda casada'(...).'" (TJ/SP, Apelação nº 0004676-64.2011.8.26.0047, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Thomaz, j. em 12/02/2014).

Ainda que se admita a aplicação do CDC, mesmo que se trate de relação de consumo, descabido falar em inversão do ônus da prova, tendo em vista que a apelante não logrou êxito em demonstrar as suas afirmações, faltando o requisito da verossimilhança das alegações, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Veja-se o que segue:

"Prestação de Serviços – Telefonia - Indenização c.c. Obrigação de Fazer - Alegações genéricas da autora - Relação de Consumo - Inversão do ônus da Prova - Impossibilidade - Verossimilhança das Alegações - Ausência - Inteligência do Art. 6º, VIII, CDC - Ônus da Autora de comprovar fato constitutivo de seu direito - Exegese do Art. 333, I, do CPC - Contratação - Demonstração - Inocorrência - Recurso não provido." (TJ/SP, Apelação nº 0001598-56.2013.8.26.0576, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ferraz Felisardo, j. em 12/03/2014).

Acesso ao Sumário

"Prestação de serviço - Telefonia móvel celular (Plano 60 minutos) - Rescisão contratual c.c. perdas e danos - Alegação de que as ligações efetuadas foram tarifadas como interurbanos quando deveriam estar cobertas pelo plano contratado - Culpa da operadora de serviços não demonstrada - Ônus de prova do autor - Inaplicabilidade da inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Consumidor, ante a inexistência de hipossuficiência técnica - Ausência de embasamento para o pedido rescisório - Danos morais inocorrentes - Aborrecimentos experimentados pelo consumidor que não causam dor moral indenizável - Improcedência da ação - Sentença mantida. - Para que se aplique a inversão do ônus da prova, é necessário que haja verossimilhança na alegação do consumidor, sob pena de se colocar o fornecedor em posição de absoluta submissão ao que for afirmado pelo consumidor, o que não é objetivo do sistema do CDC. Ausentes provas suficientes a demonstrar a culpa da operadora de telefonia pela má prestação dos serviços, é o caso de confirmação da sentença de improcedência do pedido inicial - Recurso não provido, v.u." (TJ/SP, Apelação nº 9145680-82.2008.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. em 07/02/2011).

Desta forma, não restou demonstrado que a ré tenha cometido qualquer ato ilícito imputado, sendo de rigor a manutenção de sentença de improcedência, bem como o indeferimento do pedido de tutela, para que a apelada se abstenha de incluir nome da apelante nos órgãos de proteção ao crédito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0177133-40.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PALHINHA GESTÃO E FORMAÇÃO LTDA. ME., é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 10779)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

MAURY BOTTESINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Revisional - Contratos bancários - Financiamento de veículo com alienação fiduciária - Alegações de capitalização de juros, cobrados a taxas acima do limite constitucional, e de cúmulo da Comissão de permanência com outros encargos da mora não provados - Sumula Vinculante nº 7, do STF - Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

É ação que PALHINHA GESTÃO E FORMAÇÃO LTDA. ME. promove contra BANCO BRADESCO S.A., pretendendo a revisão de contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária para pagamento em 60 prestações mensais fixas para aquisição de dois veículos descritos em fls. 19/20. Cumulou pedidos de repetição do indébito, de inversão do ônus da prova, de tutela antecipada para abstenção de inclusão nos cadastros de inadimplentes e exibição de documentos. Alega anatocismo e cumulação de encargos com a comissão de permanência. Os pedidos foram julgados improcedentes, fls. 57/72. Sem sucumbência por falta da contestação.

Apela o autor, fls. 82/100. Alega cerceamento de defesa por ausência de prova pericial, bate-se pela aplicação do CDC, ilegalidade dos juros capitalizados e imprevisão contratual da comissão de permanência, termina com pedido de reforma.

Bem processado e sem resposta.

É o relatório.

1. A sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos porque a parte requerente não instruiu seus pedidos com o contrato da operação, o qual teria as cláusulas que deveriam ser revisadas, por conterem supostas ilegalidades, como a cobrança de juros a taxa acima daquela fixada na C. Federal, a ilegalidade da cumulação da comissão de permanência com outros encargos da mora.

Intimada a regularizar a petição inicial, a sociedade empresária autora nada providenciou, o que levou ao julgamento pelo mérito da causa, afastando as apontadas ilegalidades das estipulações, por falta da prova definitiva, quase única, do conteúdo das estipulações inquinadas genericamente de ilegais.

2. A inexistência de cópia do contrato de financiamento e do contrato de cheque especial, a falta de prova do cúmulo da comissão de permanência com outros encargos da mora, e a inexistência de prova quanto às estipulações do contrato de abertura de crédito impedem o exame aprofundado das alegações

Acesso ao Sumário

genéricas de que há ilegalidade nas estipulações.

A alegação de ilegalidade da cobrança de juros a taxas maiores que o teto de 12% cede passo diante da Súmula Vinculante nº 7, do STF e da revogação do art. 192, § 3º, da C. Federal, por Emenda Constitucional.

Daí a conclusão de que deve ser confirmada, em todos os seus termos, a sentença monocrática assim lavrada: ***"(...) Desde o mês de julho de 2012, a sociedade demandante não se desincumbiu do ônus de remeter para o(a) demandado(a) BANCO BRADESCO S.A. o ofício no qual houve a requisição do instrumento do contrato (fls. 52 e 54). Assim, visando ao julgamento de procedência do(s) pedido(s), havia a indispensabilidade de a sociedade demandante exibir o instrumento do contrato com o(a) demandado(a). 2.1. Porcentual dos Juros. Especificamente quanto ao art. 192, § 3º, da Constituição, segundo o qual 'as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar', posteriormente revogado (art.) pelo art. 2º da Emenda Constitucional n.º 40, de 29 de maio de 2003, o Supremo Tribunal Federal a (norma constitucional) considerou de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, in verbis (...) 3. Conclusão. É indispensável a improcedência do(s) pedido(s) da sociedade demandante (inscrição n.º 09.323.240/0001-00 no CNPJ), com a extinção da 1ª fase do processo, em 1º grau de jurisdição, com o julgamento do mérito (art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil). Finalmente, nos autos, não houve nenhuma contestação do(a) demandado(a) e, assim, não há nenhum fundamento para a aplicação das regras do ônus da sucumbência. 4. Registre-se a sentença. 5. Intime(m)-se. Município de São Paulo, 26 de novembro de 2012. Rodrigo Faccio da Silveira."***

O Voto **NEGA PROVIMENTO** ao apelo e mantém a sentença monocrática como prolatada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4008439-85.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado BACK BRASIL TRANSPORTES LTDA. ME., são apelados/apelantes SARA CUNHA (JUSTIÇA GRATUITA), FERNANDO PIMENTA DE MELO (JUSTIÇA GRATUITA) e EWERTON BARRRETO BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20268)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente) e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 12 de maio de 2014.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

Ementa: Prestação de serviços de informática. Falta de pagamento. Motivo para rescisão contratual. Valores já pagos que servem para remunerar os serviços já executados. Impossibilidade do pagamento integral contratado, a fim de não gerar desequilíbrio contratual e enriquecimento ilícito, bem como, dupla punição pelo mesmo fato desencadeador do dano. Multa contratual devida. Danos morais não configurados. Sentença *a quo* mantida. Recursos não providos.

VOTO

São recursos de apelação tirados contra r. sentença de fls. 695/701, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação originária, a fim de declarar rescindido o contrato de prestação de serviços, firmado entre as partes, em decorrência do inadimplemento contratual da ré e condenou-a no pagamento da multa compensatória de R$ 6.000,00 (seis mil reais), aos autores (cláusula 6ª - fls. 44), corrigida pela Tabela TJSP a partir de fevereiro de 2013 e com juros legais de 1% ao mês a partir da citação, na forma do art. 406 do CC c/c art. 161 do CTN. Ante a sucumbência recíproca, na ação originária, dividiu as custas e compensou os honorários, observando a condição de beneficiários da gratuidade de justiça dos autores. Julgou improcedente o pedido reconvencional, extinguindo o feito com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC e, em consequência, condenou a ré reconvinte a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 15% do valor atualizado da reconvenção, na forma do art. 20, § 4º do CPC.

Embargos de declaração foram apresentados pela ré-reconvinte, Back Brasil Transportes Ltda. ME., às fls. 703/711 e rejeitados às fls. 712.

Recorre a ré-reconvinte, Back Brasil, às fls. 714/744, alegando que: a) os serviços contratados não foram prestados e 1/3 do contrato foi pago; b) deve ser reconhecida a rescisão do contrato e o direito da apelante em suspender os pagamentos; c) os valores pagos devem ser devolvidos e a multa contratual fixada na r. sentença deve ser invertida; d) faz jus ao recebimento de indenização

Acesso ao Sumário

a título de dano moral, na forma requerida em reconvenção. Pede a reforma da r. sentença, a fim de julgar improcedente a ação originária e procedente a ação reconvencional, invertendo-se a sucumbência; alternativamente, que seja reduzido o valor fixado a título de honorários advocatícios para 10%, tendo em vista o julgamento antecipado da lide.

Recorrem os autores-reconvindos, às fls. 750/761 e alegam que: a) fazem jus ao recebimento da diferença da integralidade do contrato celebrado entre as partes; b) fazem jus ao recebimento de indenização a título de danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), decorrente da rescisão contratual; c) os honorários advocatícios devem ser majorados para o percentual de 20% do valor atualizado da causa. Pedem a reforma da r. sentença.

Contrarrazões da ré-reconvinte foram apresentadas às fls. 764/784 e dos autores-reconvindos às fls. 785/800.

É o relatório.

Os recursos são tempestivos e está preparado somente o da ré-reconvinte às fls. 745, tendo em vista que aos autores- reconvindos foram concedidas as benesses da gratuidade de justiça (fls. 124).

Os autores-reconvindos foram contratados pela ré-reconvinte para a prestação de serviços de criação e desenvolvimento de sistema web-integrado, nos termos do contrato juntado às fls. 35/46, e relatam que a ré-reconvinte deixou de efetuar os pagamentos devidos em virtude do contrato, a partir da quinta parcela, dando ensejo à rescisão contratual.

O contrato celebrado pelas partes dispõe, na cláusula 3ª (fls. 43), que pela execução dos serviços seria pago o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), divididos em 12 vezes e o prazo para conclusão e operacionalização do sistema era de dez meses (cláusula 4ª - fls. 44). A cláusula 5ª (fls. 44) dispõe sobre a rescisão do contrato, que poderia se dar por requerimento de qualquer das partes, desde que houvesse notificação da intenção à outra parte, por escrito, com prazo mínimo de 30 dias, contados da entrega da notificação. O parágrafo único da cláusula 5ª, entre outras coisas, estabelecia que, se a rescisão se desse por parte do contratante, ele deveria realizar o pagamento total das parcelas restantes aos contratados; caso a rescisão fosse postulada por parte dos contratados eles deveriam devolver todos os valores pagos, com juros e correção. A cláusula 6ª dispõe multa contratual de 20% sobre o valor do contrato, para o caso de descumprimento por qualquer das partes.

Com o breve resumo destas três cláusulas contratuais, norteia-se o ponto central dos autos, ou seja, houve a prestação dos serviços para os quais os autores foram contratados? Se houve a prestação dos serviços, o inadimplemento por parte da ré-reconvinte, era motivo justo para a rescisão contratual? Com a rescisão contratual motivada pela falta de pagamento, cabia a aplicação do

Acesso ao Sumário

disposto no parágrafo único da cláusula 5ª, bem como a imposição de multa prevista na cláusula 6ª? O fato noticiado causou danos passíveis de serem indenizados a título de danos morais?

Ao responder essas questões vê-se a solução para a lide.

Embora a ré-reconvinte afirme que os serviços não tenham sido prestados, o conjunto probatório é forte no sentido de que os autores-reconvindos iniciaram a prestação dos serviços, até mesmo antes do contrato ter sido assinado, conforme *e-mails* de fls. 59, datado de 23.10.12; fls. 63/64 datados de 08.10.12; fls. 65 datado de 25.10.12, em que se reconhece que os autores já estavam trabalhando há mais de um mês no projeto e fls. 67, datado de 22.10.12. Foram juntados aos autos, também, os documentos de fls. 268/423 e 525/680 e quando a ré-reconvinte foi instada a manifestar-se, o fez às fls. 426/431 e alegou, entre outras coisas, que alguns documentos foram retirados de forma indevida, do programa da ré, com abuso de confiança; que o fluxograma não demonstra o desenvolvimento de programa, já que os autores viram como a ré trabalha e desenharam o fluxo no processo e que os documentos de fls. 283/423, são códigos de um sistema muito semelhante ao programa por ela utilizado, de pleno conhecimento e acesso dos autores, alegando ainda, que poderia ser o TCC (Termo de Conclusão de Curso) da autora, que foi assinado pela ré. Chegou a cogitar a necessidade de perícia técnica para responder a numerosas dúvidas existentes.

Ora, a ré-reconvinte, fez suas alegações, mas não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse se contrapor aos documentos apresentados pelos autores e que pudessem ser encaminhados à perícia técnica, para esclarecer se os códigos apresentados às fls. 283/423, versavam sobre sistema semelhante ao utilizado pela ré. Postulou pela perícia técnica, mas, após a prolação da r. sentença, que julgou antecipadamente a lide, não se insurgiu contra isso e nem sentiu-se cerceada em seu direito de defesa, apenas postulou pela redução dos honorários fixados devido ao julgamento antecipado.

Os documentos juntados pelos autores-reconvindos, portanto, fazem prova de que, realmente, deram início à prestação dos serviços para os quais foram contratados, e só foram interrompidos ante a falta de pagamento por parte da ré, a partir da quinta parcela, com vencimento aos 25.02.2013.

O inadimplemento da ré-reconvinte autorizava a rescisão do contrato, porém não é possível a aplicação na íntegra do parágrafo único da cláusula quinta contratual, pois se assim reconhecido, haveria o desequilíbrio contratual entre as partes. As cláusulas previstas no contrato não podem comprometer a função social do contrato e, em sendo constatada a desconformidade do contrato com sua função social e com a boa fé objetiva, ela deve ser corrigida.

O parágrafo único da cláusula quinta assim dispõe: *"Se o CONTRATANTE rescindir o contrato os CONTRATADOS ficarão com o sistema e a cláusula*

Acesso ao Sumário

SÉTIMA será anulada, os códigos serão de pertence apenas dos CONTRATADOS não podendo o CONTRATANTE utilizá-los e deverá o CONTRATANTE realizar o pagamento TOTAL das parcelas restantes aos CONTRATADOS. Se os CONTRATADOS rescindirem o contrato deverão devolver todos os valores pagos com juros e correção monetária".

O disposto supra afronta a boa fé objetiva do contrato, pois se a contratante pretendesse a rescisão do contrato, não poderia aproveitar em nada os serviços realizados e ainda teria que pagar por todo o serviço. Agora, se fossem os contratados que pretendessem a rescisão somente teriam a obrigação de devolver os valores pagos, atualizados e, nessa hipótese, é claro, a contratante também ficaria sem os serviços contratados e teria direito, apenas, à multa contratual prevista na cláusula sexta.

As consequências da rescisão para cada uma das partes, tem que se dar de forma equilibrada, já que não é condizente com a função social do contrato, obrigar a ré ao pagamento integral dos serviços contratados, se eles não foram prestados de forma integral. No presente caso, a solução da r. sentença é muito justa. Os valores já pagos (quatro parcelas) devem ficar em poder dos autores-reconvindos, pois os remunera pelos serviços prestados e lhes garante o recebimento da multa no valor de 20%, de acordo com a cláusula sexta.

Ademais, a falta de pagamento das parcelas configura descumprimento contratual justificador da rescisão contratual e autorizador da incidência da multa, como já dito e, se ainda, se reconhecesse em favor dos autores-reconvindos o direito ao recebimento da integralidade do contrato celebrado, ocorreria dupla punição para o mesmo fato desencadeador do dano, o que não é possível.

Quanto aos danos morais, não assiste razão os autores. O caso dos autos retrata, apenas, descumprimento contratual ensejador da rescisão que não tem o condão de gerar máculas possíveis de serem indenizadas a título de dano moral.

Pelas razões acima expostas, bem como pelas razões da r. sentença, realmente, era de rigor a improcedência da reconvenção e por isso, nega-se provimento ao recurso de apelação interposto pela ré-reconvinte, inclusive quanto ao pedido de redução do valor fixado a título de honorários advocatícios, já que a fixação obedeceu aos critérios estabelecidos no CPC, art. 20, § 3º.

Isto posto, nega-se provimento a ambos os recursos, mantendo-se a r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003199-46.2011.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante META VEÍCULOS LTDA., são apelados LUCIMAR A. DE OLIVEIRA-ME e ROGÉRIO IBRAHIM MOHAMED.

ACORDAM, em 31ª 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 27.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO - LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DA ADQUIRENTE CONFIGURADA - DEFEITO - INFILTRAÇÃO DE ÁGUA NO ASSOALHO - CONCESSIONÁRIA QUE NÃO SE OPÔS AOS REPAROS, MESMO ASSIM, EFETUOU A SUBSTITUIÇÃO DO VEÍCULO POR OUTRO MAIS MODERNO SEM NENHUM CUSTO ADICIONAL À REQUERIDA, OFERECENDO-LHE VEÍCULO PARA SEU USO ATÉ QUE O NOVO FOSSE ENTREGUE - MARIDO DA TITULAR DA CORRÉ ADQUIRENTE QUE SE DIRIGIU AO ESTABELECIMENTO, DENTRO DO PRAZO DE ENTREGA DO VEÍCULO, PROFERINDO PALAVRAS DE BAIXO CALÃO E PERPETRANDO AMEAÇAS NA FRENTE DE CLIENTES E FUNCIONÁRIOS - TESTEMUNHAS QUE CORROBORAM ASSERTIVA DA AUTORA - DESCUMPRIDO ÔNUS DO ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA ARBITRAR INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FIXAÇÃO EM R$ 5.000,00 QUE SE MOSTRA CONDIZENTE

Acesso ao Sumário

COM A INTENSIDADE DO CONSTRANGIMENTO SUPORTADO, GRAVIDADE, NATUREZA, REPERCUSSÃO DA OFENSA - DANOS MATERIAIS - INOCORRÊNCIA - AUTORA QUE DEU CAUSA AOS PREJUÍZOS MATERIAIS SUPORTADOS - FALTA DE INFORMAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 154/156, cujo relatório adoto, que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por concessionária de veículos, extinto o feito com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC em relação à corré Lucimar A. de Oliveira-ME, condenada a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Recorre a vencida em busca de reforma, reiterando que perdeu clientes em razão da atitude do requerido. Alega que a idoneidade da empresa restou questionada e sua imagem abalada. Assevera que o problema apresentado no veículo era de fácil solução e foi resolvido, razão pela qual o corréu não deveria informar sobre o ocorrido ao adquirente, ocasionando-lhe prejuízos materiais e morais. Por fim, aduz legitimidade ***ad causam*** da empresa ré.

Recurso regularmente processado e contrariado.

É o breve relatório.

Respeitado entendimento diverso, a corré Lucimar A. de Oliveira-ME ostenta legitimidade passiva ***ad causam***, na medida em que adquiriu o veículo que apresentou o alegado defeito, consoante se observa do CNPJ constante nas notas fiscais de fls. 34/36. A legitimidade ***ad causam*** é enfrentada abstratamente, em tese a pessoa jurídica assimila o polo passivo da lide, resolvendo-se no mérito sua participação nos fatos descritos.

Narra a autora que, em 11.11.2010, efetuou a venda do veículo FIAT/ Strada Working, 2010/2011, pelo valor de R$ 32.906,86, à ré Lucimar A. de Oliveira-ME.

Contudo, passados alguns dias da compra, a requerida compareceu à concessionária alegando que o veículo apresentava infiltração de água pelo assoalho.

Afirma que, mesmo após analisar o problema e constatar que era de fácil solução, ainda assim, visando plena satisfação da cliente, recomprou o veículo, entregando-lhe outro, da mesma marca, embora modelo 2011/2011, com os mesmos opcionais do anterior, zero quilômetro, em substituição sem qualquer custo adicional.

Acesso ao Sumário

Posteriormente, alienou o veículo reparado a Oliveira José Modesto pelo valor de R$ 33.000,00, na condição de usado com 1.332 quilômetros rodados.

O adquirente financiou 100% do veículo, no entanto, passado algum tempo, compareceu à concessionária informando que o sócio Geraldo havia sido procurado pelo corréu Rogério Mohamed, marido de Lucimar Aparecida de Oliveira, titular da corré, que teria informado acerca dos problemas de infiltração, exibindo vídeo durante o conserto e que, diante do ocorrido pretendia desfazer a negociação, sendo, também, atendido.

Afirma que foi obrigada a quitar o financiamento, para tanto, desembolsou a quantia de R$ 36.415,77, experimentando prejuízo material de R$ 3.415,77, que pretende ver ressarcido. Assevera, também, a ocorrência de danos morais, na medida em que foi vítima de sórdidas mentiras perpetradas pelo corréu Rogério Mohamed, que adentrou seu estabelecimento proferindo palavras de baixo calão e ameaças na frente de outros clientes, abalando seu bom nome e reputação.

Em contestação, os réus alegam que o veículo apresentou uma série de defeitos, tais como, amassados na lataria, barulho nos bancos, falha na pintura das caixas laterais, danos no painel e descolamento do suporte do cinto de segurança, fazendo com que fosse encaminhado à concessionária quase que diariamente durante um mês até que constatassem a inexistência de calafetação nas colunas. Aduzem que a troca do carro só foi efetivada mediante intervenção da FIAT. Alegam que Rogério não denegriu a imagem da autora, apenas cobrou uma solução para o caso. Negam que Rogério tenha procurado o adquirente do veículo para noticiar os defeitos, limitando-se a afirmar que houve encontro casual entre conhecidos em um bar da cidade, oportunidade em que contou para Oliveira o verdadeiro motivo da devolução do bem à concessionária.

O conjunto probatório encartado nos autos corrobora nitidamente a versão fática estampada na exordial.

A requerida adquiriu veículo que apresentou defeito consistente em infiltração de água pelo assoalho.

Há que se considerar que o art. 18, do CDC, concede ao fornecedor a oportunidade de reparar o defeito no prazo máximo de 30 dias. Tal não acontecendo, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, de acordo com o § 1º:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

In casu, a requerente solucionou o problema dentro do prazo legal, mesmo assim, visando plena satisfação da cliente, substituiu o automóvel, entregando-

Acesso ao Sumário

lhe outro de modelo superior sem qualquer custo adicional. Enquanto não entregue, emprestou à requerida veículo para sua utilização, consoante se vê na "Minuta de Substituição de Automóvel" (fls. 37/39), amenizando, assim, todos os dissabores que os requeridos poderiam experimentar em razão do defeito constatado.

Não contente, o corréu Rogério Mohamed, marido de Lucimar de Oliveira, titular da empresa adquirente do veículo, enquanto aguardava chegada do novo automóvel, dentro do prazo estipulado, dirigiu-se à concessionária em 09.02.2011 e, na frente dos demais clientes que ali se encontravam, proferiu palavras de baixo calão perpetrando inclusive ameaças de que "enviaria seus capangas para uma conversa diferente" caso o veículo não fosse entregue naquele dia, até às 17:00 horas. Isso porque sua esposa afirmou ter visto sua chegada naquela manhã.

Fatos restaram confirmados pelas testemunhas Valdir de Almeida Gandra (fls. 145/146) e Carlos Alberto Passareti (fls. 147/148), ambos vendedores da concessionária.

Valdir afirma que *"O carro novo chegou de manhã, e o réu chegou nervoso no período da tarde, xingando a empresa autora e o diretor da empresa. Disse que se até às cinco horas do mesmo dia não fosse resolvido o problema do veículo, ele iria lá com os capangas e resolver. Havia clientes no local e alguns foram até embora, diante das ameaças do réu Rogério. (...) O corréu Rogério direcionava palavras de baixo calão à empresa e ao diretor da empresa. Todos os problemas do corréu Rogério foram resolvidos dentro do prazo (...) No momento tinha vários clientes, um que me lembro era Sebastião Garcia. Não posso falar que houve perda pela empresa em razão do ocorrido, mas em razão do tumulto clientes foram embora e alguns vieram falar comigo se a empresa costumava se envolver em problemas desse tipo."*

Segundo narrativa de Carlos, *"Fui pegar uma assinatura num documento com Rogério e ele me chamou e me disse que sabia para quem a empresa tinha vendido o carro. Ele me disse que se a empresa não pagasse uma quantia para ele, ele iria estragar o negócio da venda do veículo consertado"*.

Evidente, nesta ótica, que a imagem da apelante restou desgastada perante seus clientes.

A esse respeito, foi consignado no ***decisum*** que:

"Verifico, ainda que a prova demonstrou que o requerido proferiu palavras de baixo calão contra a empresa. As palavras de baixo calão afetam a honra subjetiva da pessoa."

Com efeito, o achincalhamento da honra objetiva da apelante, no caso, respeitado entendimento da Ilustre Juíza ***a quo***, reverte-se na constatação do dano imaterial à pessoa jurídica, instituto plenamente aplicável diante do verbete

Acesso ao Sumário

da Súmula nº 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"*.

Não há, nos autos, demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado, o que incumbia aos requeridos, por força do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Os fatos evidentemente acarretaram danos morais à autora, que figurou perante seus clientes como descumpridora de suas promessas e compromissos. A imagem e credibilidade da apelante, estabelecida no mercado de comercialização de veículos há mais de trinta anos, restaram abaladas perante seus clientes e empregados.

Registre-se que inúmeras ações envolvendo venda de veículos que apresentam defeito são enfrentadas neste Tribunal, tratando, quase que à unanimidade, de responsabilidade de vendedores que recusam obrigação de reparar ou substituir o bem, o que não ocorreu na hipótese em exame, onde, de maneira impar a concessionária não só trocou o veículo por outro de modelo mais moderno sem qualquer ônus, como, permitiu utilização de outro até a conclusão da substituição. Sem dúvida proceder do corréu Rogério enseja reparação imaterial.

No tocante à fixação do dano moral, deve-se observar a dimensão dos prejuízos suportados, notadamente o abalo sofrido e sua repercussão social, bem assim a capacidade econômica das partes e respectivas condutas na ocorrência do evento danoso. E mais, não se pode olvidar a função sancionadora e compensatória da reprimenda indenizatória a ser arbitrada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tudo também com o fito de evitar possível locupletamento indevido e excessiva aplicação da sanção.

Desse modo, consideradas as peculiaridades da espécie, tem-se como adequado o arbitramento da indenização por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por condizente com a intensidade do constrangimento suportado, gravidade, natureza, repercussão da ofensa, acompanhando o que esta Câmara vem entendendo conveniente em situações como a dos autos.

Acesso ao Sumário

Tal quantia será corrigida da data deste julgamento (Súmula nº 362, STJ), e acrescida de juros moratórios legais, desde a citação.

Contudo, melhor sorte não assiste à inconformada no tocante ao pedido de danos materiais, isso porque, ao deixar de informar o comprador do veículo reparado, Oliveira José Modesto, do real motivo da venda, prática que não é incomum entre vendedores de automóveis, deu causa aos prejuízos experimentados.

Ora, se a autora, através de seu preposto não tivesse faltado com a verdade, ou omitido os defeitos que foram, inclusive, reparados facilmente, segundo afirma o interessado poderia refletir sobre a compra, efetuar testes, antes de

concretizar a negociação. Portanto, nenhum reparo material comporta, uma vez que decorreu de seu proceder equivocado.

Afastada reparação material, bem estampado nos autos que a representante legal da corré Lucimar A. de Oliveira ME não participou dos fatos que levaram à indenização imaterial, ofensas e outras práticas, bem como notícia levada ao adquirente do veículo restituído e reparado, partiram exclusivamente do segundo requerido, respondendo o corréu Rogério pela reparação imposta.

Assim, julga-se procedente em parte a ação para condenar o corréu Rogério ao pagamento de indenização na forma estabelecida, improcedente a demanda em relação à corré Lucimar A. de Oliveira ME.

Por derradeiro, o acolhimento parcial do pedido inicial fez com que cada parte decaísse consideravelmente de sua respectiva pretensão, o que justifica a compensação da verba honorária, nos termos do art. 21, ***caput***, do Código de Processo Civil, e Súmula 306 do C. STJ, equitativamente rateadas as custas processuais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0182327-55.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BANCO SANTANDER BRASIL S/A, SANTANDER LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, COMPANHIA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL RENAULT DO BRASIL e COMPANHIA DE CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO RENAULT DO BRASIL, são apelados MARÇAL & FONSECA ASSESSORIA EM COBRANÇAS LTDA. ME e SÁLVIO FONSECA.

ACORDAM, em 26ª 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 28.660)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ANTONIO NASCIMENTO e BONILHA FILHO.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Acesso ao Sumário

INDENIZAÇÃO. Se o contrato foi firmado livremente entre as partes prevalece a regra do *pacta sunt servanda*, pois cada um dos contratantes deve arcar com a responsabilidade assumida no acordo de vontades. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 561/564 que julgou procedente os pedidos para condenar os réus ao pagamento de R$ 305.116,42, corrigidos do vencimento de cada parcela e juros de mora de 1% ao mês da citação, R$ 266.468,76 por lucros cessantes, e R$ 339.000,00 por danos morais, corrigido da rescisão unilateral do contrato e juros de mora de 1% ao mês da citação, além das custas e honorários de 20% do valor da indenização.

Interpostos embargos de declaração, foram estes rejeitados, conforme decisões de fls. 598/599.

Pleiteiam os apelantes a reforma do julgado alegando, em preliminar, a ilegitimidade ativa do apelado Sálvio, uma vez que este não participa dessa relação jurídica. E o fato do apelado ser sócio da empresa apelada em nada altera tal situação, pois a personalidade da empresa é diversa da dos seus sócios. Assim, inexistindo relação jurídica, é o apelado Sálvio parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação. Doutra parte, aduzem que a pretensão do apelado Sálvio tem cunho eminentemente laboral, sendo a competência exclusiva da Justiça do Trabalho. Alegam ainda que ao resilirem o contrato unilateralmente, mediante prévia notificação e com observância de prazos, cumpriram com o que havia sido pactuado entre as partes. O negócio jurídico estabelecia que o prazo de duração era indeterminado e, portanto, passível de resilição unilateral a qualquer momento, por qualquer das partes, mediante simples notificação e observando-se o prazo temporal de 5 dias. Assim, de rigor a observância do princípio do *pacta sunt servanda*. E inexiste qualquer abusividade, como constou da sentença, pois os apelados tinham ciência dos riscos do negócio que assumiram.

Acesso ao Sumário

Ressaltam que não havia cláusula de exclusividade, podendo os apelados prestar os mesmos serviços para outras empresas. E também impugnaram de modo específico os valores declinados pelos apelados. Salientam que todos os investimentos efetuados pelos apelados, quer em pessoal, quer em infraestrutura, deram-se por sua própria conta e risco. Com relação aos danos morais, também não restaram demonstrados. E assim não o fosse, se apenados por supostos lucros cessantes e danos emergentes, não poderiam ser apenados novamente, pelos mesmos motivos. Aduzem ainda que o valor arbitrado é extremamente excessivo. E caso não haja reforma da sentença, os valores devidos pelos

apelados devem ser compensados, e a correção dos danos materiais e morais deve ser a partir da sentença.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece prosperar para julgar improcedente o pedido indenizatório, respeitado o entendimento do magistrado sentenciante.

Bem se infere do Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Amigável e Extrajudicial que:

> *"Cláusula Décima Terceira: O presente contrato é firmado por tempo indeterminado e poderá ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, mediante comunicação formal à outra, com antecedência mínima de 05 (cinco) dias úteis.*
>
> *Parágrafo primeiro: Rescindido o contrato, o CONTRATADO continuará obrigado à prestação de serviços aqui estabelecida, pelos 10 (dez) dias seguintes à assinatura do Instrumento de Rescisão Contratual, devendo, ainda, entregar ao CONTRATANTE os documentos relativos aos seus créditos que porventura detenha."* (fls. 48).

Ora, da simples leitura da cláusula acima transcrita verifica-se que o contrato não possuía prazo determinado, podendo ser rescindido por qualquer uma das partes, desde que comunicado no prazo mínimo de 5 dias úteis.

Desta forma, não se mostra abusiva a rescisão unilateral do contrato pelas empresas rés, pois devidamente prevista tal possibilidade no acordo firmado entre as partes.

E sendo possível a rescisão por qualquer uma das partes, a qualquer momento, a cláusula em questão não se mostra abusiva, não sendo cabível o reconhecimento de qualquer nulidade.

De fato, ao celebrar o contrato de prestação de serviços, ambas as partes estavam plenamente cientes de suas cláusulas, podendo inclusive discuti-las a fim de chegar em um denominador comum, seja com relação ao prazo, seja como deveria se dar a sua rescisão.

Consequentemente, não se vislumbra qualquer fato superveniente ou extraordinário que tenha desequilibrado a relação contratual, que repita-se foi livremente firmada pelas partes, cuja manutenção é questão que diz com a soberania e autonomia da vontade da parte, fazendo incidir a regra do *pacta sunt servanda* e, como preleciona ORLANDO GOMES, ("CONTRATOS", 5ª ed., pág. 44) tem-se que:

> ***"Se aceitou condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização ou libertação 'pacta sunt***

Acesso ao Sumário

servanda'."

Na precisa lição de SÍLVIO DE SALVO VENOSA (*in* "Direito Civil", vol. II, ed. Atlas, 2003, p. 376/377) temos:

"Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes.

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciários para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória e estaria estabelecido o caos.

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral. As atenuações legais que a seguir estudaremos alteram em parte a substância desse princípio. A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade à restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada."

E nem se alegue que as apelantes são responsáveis pelos vultosos gastos feitos pelos autores para a implementação dos serviços do contrato.

Ora, é inerente à própria contratação que a empresa autora pudesse manter uma infraestrutura organizacional capaz de atender, de forma plena, todas as necessidades do contratante (cláusula nona - fls. 44/45).

De fato, inexiste qualquer exigência por parte das apelantes de que a empresa autora tivesse que adquirir um *software* avaliado em mais de R$ 100.000,00, mudança da sede para um local maior e diversos outros investimentos. A única ressalva constante no contrato é que deveria manter, repise-se, uma infraestrutura organizacional capaz de atender as necessidades das rés, ou seja, prestar o serviço para o qual foi contratada.

Assim, se os autores resolveram investir em seu negócio, na expectativa do sucesso da relação negocial firmada com as rés, mesmo cientes de que o contrato era com prazo determinado e passível de rescisão a qualquer momento, agiram por sua conta e risco. E se não houve o retorno almejado, não podem impor às rés a responsabilidade pelos prejuízos sofridos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais, fixada a verba honorária em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 12443)

Marçal & Fonseca, Assessoria em Cobranças Ltda. - Me e **Sálvio Fonseca** ajuizaram **ação de indenização por danos materiais e morais** contra **Banco Santander (Brasil) S/A, Santander Leasing S/A Arrendamento Mercantil, Aymoré Crédito, Financiamento e Investimentos S/A - Companhia de Crédito, Companhia de Arrendamento Mercantil Renault do Brasil** e **Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento Renault do Brasil**, objetivando delas receber: (**a**) o pagamento de R$ 305.116,42 a título de indenização por danos emergentes; (**b**) o pagamento de R$ 266.468,76 à guisa de indenização por lucros cessantes; (**c**) o pagamento, ao demandante **Sálvio**, de indenização por danos morais, a ser judicialmente arbitrada; (**d**) o pagamento, à acionante Marçal & Fonseca, de indenização por danos morais, a ser objeto de arbitramento judicial; (**e**) o pagamento dos honorários advocatícios de seus patronos, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

A sentença de fls. 561/564 julgou a ação **procedente**, com o seguinte ***decisum***:

> *"**3**. Logo, **PROCEDENTES** os pedidos iniciais para **CONDENAR** os réus a: **(a) PAGAREM** aos autores R$305.116,42, corrigidos monetariamente desde a data do vencimento de cada parcela, mais juros de mora iguais a 1% a.m. contados da citação. **(b) PAGAREM** aos autores R$266.468,76 pelos lucros cessantes suportados. **(c) FIXAR** os danos morais em R$339.000,00, corrigidos monetariamente desde a rescisão unilateral do contrato, mais juros de mora iguais a 1% contados da citação. Custas e honorária igual a 20% do valor indenizatório global, pelos réus."*

Os réus opuseram, a fls. 574/579, embargos de declaração contra o provimento jurisdicional, os quais foram sumariamente rejeitados a fls. 598. Interpuseram, então, recurso de apelação a fls. 603/604, arrazoando-o a fls. 606/646, e postulando o seguinte à guisa de peroração:

> *"Ante o exposto, requerem os Apelantes, após recebido e processado o presente recurso, que lhe seja dado provimento, reformando-se a Sentença a quo, para que, caso antes não seja extinto o processo, sem resolução do mérito, pelo acolhimento das questões preliminares oportunamente arguidas, mas, caso sejam superadas essas questões, o que se admite apenas pela regra da eventualidade, no mérito, seja afastada a responsabilidade dos Apelantes, nos termos em que deduzido em sua defesa e neste recurso, com reversão de todos os ônus sucumbenciais (honorários advocatícios, custas e despesas processuais).*

Acesso ao Sumário

E, enfim, na remota hipótese de manutenção da Sentença, que a verba sucumbencial fixada em grau máximo, mas sem nenhuma justificativa apresentada, seja reduzida."

Recebido o recurso, vieram a lume, a fls. 678/699, as contrarrazões de apelação, em cujos lindes os autores pediram a manutenção do édito monocrático.

É o relatório.

De acordo com a versão dada aos fatos no libelo inicial, os protagonistas do processo ultimaram, em 18/5/2009, Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Amigável e Extrajudicial, por prazo indeterminado, viabilizando, destarte, a prestação de serviços profissionais especializados pelos demandantes, consistentes na cobrança extrajudicial dos devedores dos requeridos. Sem embargo da eficiência com que tais serviços estavam sendo prestados, de que é prova a ampliação dos rendimentos dos acionados, estes comunicaram aos acionantes, em reunião realizada em 14/4/2010, que pretendiam rescindir unilateralmente a avença, o que acabou se concretizando. Dito comportamento, inesperado e injustificável, e em clara violação ao art. 422 do Cód. Civil, teria imposto prejuízos materiais e danos morais aos autores, os quais cumpriram, com dignidade e boa-fé, suas obrigações contratuais.

O busílis da controvérsia jaz na cláusula 13ª da avença celebrada pelas partes, a qual ostenta a seguinte redação:

"Cláusula Décima Terceira: O presente contrato é firmado por tempo indeterminado e poderá ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, mediante comunicação formal à outra, com antecedência mínima de 05 (cinco) dias úteis.

Parágrafo primeiro: Rescindido o contrato, o Contratado continuará obrigado à prestação de serviços aqui estabelecida, pelos 10 (dez) dias seguintes à assinatura do Instrumento de Rescisão Contratual, devendo, ainda, entregar ao CONTRATANTE os documentos relativos aos seus créditos que porventura detenha" (fls. 48).

Em semelhante cenário, torna-se inexorável a invocação do princípio do ***pacta sunt servanda***, que deve balizar as relações contratuais. A propósito, calha bem à hipótese dos autos o seguinte pronunciamento desta Colenda Câmara:

"Se livremente negociado e aceito, o contrato faz lei entre as partes e há de prevalecer, sob pena de violação ao princípio do pacta sunt servanda *que deve nortear as relações contratuais. Entendimento contrário só serviria para provocar instabilidade e insegurança às relações jurídicas e, sobretudo, prestigiar a modificação unilateral do que fora ajustado com manifesta ofensa ao princípio da boa-fé que deve nortear as relações contratuais."*[1]

Acesso ao Sumário

1 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação com Revisão 0165440-93.2010.8.26.0100 Rel.

Postas estas premissas, e tanto quanto o eminente Desembargador Relator, também **dá-se provimento** ao recurso, com a inversão dos ônus sucumbenciais e a fixação dos honorários advocatícios em R$ 5.000,00.

ANTONIO (BENEDITO DO) NASCIMENTO, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046093-24.2010.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado Q1 COMERCIAL DE ROUPAS LTDA., é apelado/apelante JHONATAS DE LIMA SEVERINO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.312)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - BEM MÓVEL - RELAÇÃO DE CONSUMO - ATRASO NA ENTREGA DA MERCADORIA - RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS DESPENDIDAS PELO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CABIMENTO - VALOR MANTIDO, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. Ressarcimento das quantias pagas pelo consumidor, com ressalva aos valores relativos aos produtos já retirados. Impossibilidade de utilização do terno no dia do casamento. Dano moral configurado. Valor a ser fixado de acordo com as circunstâncias do caso. Verba mantida. RECURSOS DESPROVIDOS, com observação.

Des. **Renato Sartorelli** - J. 24/3/2014.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 72/78 julgou **parcialmente procedente** a **ação de indenização por danos morais e materiais** decorrente de **compra e venda de bem móvel**, ajuizada por **Jhonatas de Lima Severino** contra **Q1 Comercial de Roupas Ltda**., condenando a requerida: ***a)*** a restituir a quantia de R$ 189,91, com correção monetária desde os desembolsos e juros de mora contados da citação; ***b)*** a indenizar por danos morais no importe de R$ 3.000,00. Diante da sucumbência maior do pedido, a fornecedora foi condenada a arcar com as custas e despesas do processo, além dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Inconformada, a ré interpôs, a fls. 80/81, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 82/95. Afirma que o terno adquirido pelo autor estava disponível para retirada na data aprazada - 02/07/2010. Sustenta, porém, que em virtude da realização do jogo da seleção brasileira de futebol, na Copa do Mundo de 2010, as atividades do Shopping Center ficaram suspensas entre 10 e 14 horas. Aduz que era fato notório a realização da partida, bem como o fechamento do comércio, a fim de que os cidadãos pudessem acompanhar o embate. Argumenta que o autor deveria ter informado a hora que necessitaria o terno. Alega que não houve prova da ocorrência de danos morais. Assinala, subsidiariamente, ser de mister a redução da quantia fixada a título de danos extrapatrimoniais. Ao fim e ao cabo, pugna pela exclusão da quantia despendida com os demais itens adquiridos, haja vista que foram retirados pelo consumidor no dia da compra.

O autor apela adesivamente, a fls. 110, apresentando suas razões recursais a fls. 111/113. Protesta, em síntese, pela majoração da quantia fixada a título de danos morais.

Recursos recebidos e processados. Contrarrazões a fls. 106/109 e 117/123.

É o relatório.

Jhonatas de Lima Severino ajuizou a presente **ação de indenização por danos morais e materiais** contra a empresa **Q1 Comercial de Roupas Ltda**. (que tem por nome fantasia **Camisaria Colombo**). Relata o autor que, em 30/06/2010, compareceu a uma das lojas da requerida, e lá adquiriu uma gravata, uma camisa e um terno, a fim de utilizá-los em seu casamento, que ocorreria em 02/07/2010. No ato da compra, levou consigo a gravata e a camisa, porém, deixou o terno no estabelecimento da ré, para que fossem realizados os ajustes da roupa. Ficou acertada a devolução da peça para o mesmo dia do seu casamento. No entanto, chegando na loja para retirar o produto, deparou-se com as portas cerradas. Diante do ocorrido, não pôde utilizar o terno em seu casamento, o que lhe causou constrangimento moral.

Ao prestar a tutela jurisdicional, o MM. Juiz de Direito acolheu em parte a pretensão do demandante, condenando a requerida ao estorno das parcelas

Acesso ao Sumário

adimplidas, bem como à indenização por danos morais, que arbitrou em R$ 3 mil.

E é forçoso convir que o provimento emanado do Juízo de primeiro grau deu adequada solução à controvérsia, devendo ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, na esteira do que preceitua o art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.[2]

O Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90) estende seu senhorio sobre a situação retratada nos autos. E, por força do primado da lei consumerista, imperam, como diretrizes para a atuação da lei ao caso concreto, a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços em face dos consumidores.

Percebe-se que em momento algum a apelante refutou as asserções do autor no que tange ao atraso na entrega do terno. Também não informou corretamente ao consumidor o horário de atendimento da loja para aquele fatídico dia - notadamente porque já tinha ciência da ocorrência da partida de futebol para o dia 02 de julho.

Incontroversa a mora da recorrente, e diante da violação ao dever de informação por parte da fornecedora - art. 6º, III, c.c. art. 31, ambos do CDC -, de rigor sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais (CDC, art. 20, II).

Em relação aos danos materiais, inexiste dúvida a respeito do dever de ressarcir o consumidor pela quantia despendida com a aquisição do terno, camisa e gravata (R$ 189,90 - fls. 09). Rescindido o contrato, caberá o retorno das partes ao *status quo ante*. Observa-se, nesse ponto, que, caso tenha se efetivado a tradição de parte do vestuário (camisa e gravata), haverá de ser descontada referida importância (R$ 69,90) do *quantum debeatur*.

No que se refere aos danos morais, a solução para tanto pode ser encontrada na seguinte ementa de aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado."*[3]

Verifica-se dos autos que o demandante verdadeiramente sofreu dissabor, na medida em que ficou privado de utilizar o terno em ocasião de relevância social - casamento. E não se pode olvidar, ainda, a falta de adequada informação por parte da requerida a respeito do horário de funcionamento da loja. À

2 "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la."

3 STJ - 4ª Turma - Resp 214.053/SP - Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha** - J. 5/12/2000 - v.u.

Acesso ao Sumário

evidência, trata-se de diretriz que incumbia exclusivamente ao estabelecimento comercial, de modo que o autor não teria como saber do horário de abertura, senão por aviso da fornecedora.

Diante desse quadro, o valor a ser fixado à guisa de dano moral deve levar em conta o sofrimento da vítima, a capacidade econômica e o grau de culpa do autor do dano. Assim, levando em conta as peculiaridades do caso e a pequena extensão dos danos extrapatrimonial - até porque já solucionada a pendenga -, bem como a culpa da demandada, mostra-se adequada e razoável a fixação da indenização em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Postas estas premissas, **nega-se provimento** aos recursos, com **observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000639-53.2011.8.26.0383, da Comarca de Nhandeara, em que são apelantes AURO BATISTA DA SILVEIRA e SILVIA DA CONCEIÇÃO SILVEIRA, é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

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° 28.520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Seguro de vida - Cobrança - Embriaguez do falecido segurado comprovada - Descumprimento de cláusulas contratuais e norma legal - Agravamento do risco configurado - Culpa pelo advento do acidente evidenciada - Indenização indevida - Apelo improvido.

VOTO

Ação de cobrança, derivada de contrato de seguro de vida em grupo, julgada improcedente pela sentença de fls. 162/165, relatório adotado.

Apelaram os autores, buscando a reforma da decisão. Brandiram contra o valor dado à prova, alegando, em suma, que a presença de álcool no sangue do

falecido segurado não foi a causa determinante do acidente automobilístico que o vitimou. Aduziram, ainda, que a ré não se desincumbiu do ônus de comprovar o nexo etiológico entre a embriaguez e a culpa pela ocorrência do sinistro. Insistiram no cabimento da reparação pleiteada na inaugural.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de demanda proposta por beneficiários de seguro de vida, objetivando receber indenização em virtude do óbito do filho.

No caso em tela, o exame de verificação de embriaguez concluiu que o segurado, por ocasião do acidente que lhe ceifou a vida, estava sob efeito de álcool, concentrado em 0,87 gramas por litro de sangue (fls. 99).

Por isso, a seguradora negou o pagamento da indenização requerida, sustentando a falta de cobertura, em decorrência do agravamento intencional do risco (fls. 82).

E com razão.

Segundo o disposto na cláusula 54 das condições gerais da avença, o segurado perde o direito à indenização caso haja agravamento intencional do risco coberto (fls. 60).

No mesmo contexto, a cláusula 9ª, inciso II, prevê a exclusão do risco e, por conseguinte, do direito à indenização, se configuradas *"quaisquer alterações mentais, de forma direta ou indireta, decorrentes da ação do álcool, de drogas ou entorpecentes"*. (fls. 38)

Saliente-se, por oportuno, que a embriaguez representa fator preponderante de agravamento do risco de acidente, pois os reflexos do motorista ficam comprometidos, tanto assim que a conduta foi tipificada como crime pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Sobre o tema, Arnaldo Rizzardo leciona que:

> "A embriaguez corresponde a um estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga de semelhantes efeitos, que a priva do poder de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento." (*"in"* Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, RT, 5ª edição, pág. 790, nota ao artigo 306).

Ora, não há dúvida que a inobservância das normas contratuais implicou no rompimento do vínculo firmado entre as partes, sem contar que o artigo 768 do Código Civil preceitua que o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato, tal como ocorreu na hipótese "sub judice".

Em situações análogas, a jurisprudência tem orientado:

> "DIREITO CIVIL. SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO. AÇÃO DE COBRANÇA. SINISTRO. AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO

Acesso ao Sumário

RISCO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. EXCLUSÃO DA COBERTURA E AGRAVAÇÃO DO RISCO QUE ACARRETA A PERDA DO DIREITO AO SEGURO. EXEGESE DO ARTIGO 768 DO CÓDIGO CIVIL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Não é devida a indenização securitária, quando o preposto do segurado agrava os riscos cobertos ao conduzir veículo automotor sob efeito de substância alcoólica, dando causa a ocorrência do sinistro. Recurso desprovido." (TJSP - 27ª Câmara da Seção de Direito Privado - Apelação n° 011329-25.2007.8.26.0564 - Relator Des. Gilberto Leme).

"SEGURO DE VEÍCULO - AGRAVAMENTO DO RISCO - CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA - EFICÁCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Se o condutor do veículo segurado contribuiu para o aumento do risco ao dirigir sob a influência de álcool (art. 165 do CTB), é lícita a recusa da seguradora ao pagamento da indenização." (TJSP - 26ª Câmara da Seção de Direito Privado - Apelação n° 0123777-04.2009.8.26.0100 - Relator Des. Renato Sartorelli).

Outrossim, nem há que se cogitar na inexistência de nexo causal entre a ingestão de bebida alcoólica e a culpa pelo advento do acidente, pois, conforme consignado no boletim policial e no laudo pericial produzido pelo Instituto de Criminalística de São José do Rio Preto, que são documentos públicos e, como tais, ostentam presunção de veracidade, foi o segurado que invadiu em parte a contramão de direção da rodovia por onde transitava, colidindo no caminhão trator que trafegava pela faixa oposta. (fls.15 e 22)

Mais não fosse, a testemunha Israel Rodrigues da Silva admitiu que, algumas horas antes do acidente, o segurado havia consumido, em sua companhia e de mais duas outras pessoas, aproximadamente oito latas de cerveja (fls. 141).

A esse respeito, como bem ponderou a sentenciante, *verbis:*

"No entanto, o laudo elaborado pela Autoridade Policial dá conta de que a vítima contava com 0,87 g/l de álcool na dosagem alcoólica. Consta do boletim de ocorrência que o veículo conduzido pelo autor invadiu a pista por onde trafegava o caminhão, também envolvido no acidente, causando a colisão (fls. 15).

(...)

Constou do laudo que a vítima deu causa ao acidente, pois no momento da colisão estava trafegando em sua contramão de direção (fls. 22).

Analisando tal afirmação, bem como a de que a dosagem alcoólica em seu sangue era alta, é possível afirmar que havia alteração mental decorrente da ingestão de álcool, situação comprovada pelo laudo e pelos relatos da testemunha, que afirmou que haviam ingerido 08 latas de cerveja aproximadamente. Não há confirmação de que a vítima tenha de fato dormido antes de sair do local em

Acesso ao Sumário

que estavam festejando, até porque a dosagem de álcool encontrada é alta e incompatível com repouso noturno que teria o condão de diminuí-la." (fls. 164).

Finalmente, não é demais lembrar que o juiz é o destinatário da prova, cabendo somente a ele valorá-la e formar seu convencimento acerca da verdade dos fatos, nos termos do artigo 130 da lei processual.

Portanto, mostrou-se justificada a recusa da seguradora no tocante ao pagamento da indenização, sendo de rigor o decreto de improcedência da lide.

Ante o exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102452-63.2006.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MOINHO ROMARIZ INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é apelado JOE WEIDER COMÉRCIO DE PRODUTOS NATURAIS LTDA..

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 20103)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORESI e LINO MACHADO.

São Paulo, 21 de maio de 2014.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - COMPRA E VENDA MERCANTIL - AQUISIÇÃO DE FARINHA DE SOJA COM TEOR DE SÓDIO SUPERIOR AO DESCRITO NA EMBALAGEM - MATÉRIA PRIMA UTILIZADA NA FABRICAÇÃO DE DIVERSOS PRODUTOS QUE SE TORNARAM IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO - RESPONSABILIZAÇÃO DO COMERCIANTE PELOS DANOS CAUSADOS - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - CONFLITO REGULADO PELO CÓDIGO CIVIL - VÍCIO DE QUALIDADE DESCONHECIDO DO ALIENANTE - AÇÃO

Acesso ao Sumário

IMPROCEDENTE.

Conforme se extrai do art. 443 o comerciante só pode ser responsabilizado pelos danos causados por vício de qualidade originado da fabricação do produto se tiver conhecimento da inadequação.

APELAÇÃO PROVIDA

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização para condenar a ré ao pagamento de R$ 225.384,79, relativo ao prejuízo pela inutilização de produtos naturais fabricados com farelo de soja adquirido da requerida, além das custas, despesas e honorários advocatícios.

A ré alega que não restou comprovado o fato constitutivo do direito alegado na petição inicial (art. 333, I, CPC), uma vez que "... ***não há provas de que os lotes de PS60 elencados na exordial tenham sido adquiridos da ora recorrente nem tampouco que tenham sido utilizados na produção de produtos da autora que tenham apresentado desconformidade quanto ao teor de sal***".

Argumenta que não praticou nenhuma conduta, culposa ou dolosa, que justificasse sua condenação ao ressarcimento dos prejuízos alegados pela autora, a qual, por sua vez, agiu com culpa exclusiva ao não analisar a matéria prima utilizada na fabricação de seus produtos, mormente sabendo que no processo de obtenção do extrato de soja havia risco de excesso de sal.

Subsidiariamente alega que não há prova dos danos materiais, mas apenas um documento unilateral trazido pela autora (comunicação interna da empresa sobre a quantificação e custos dos produtos salgados, fls. 19). Pede, ainda, caso não seja julgada improcedente a pretensão por ausência de comprovação dos danos, que o prejuízo seja apurado em liquidação de sentença com base nos produtos comprovadamente devolvidos, os quais tenham sido efetivamente produzidos com os lotes de soja discriminados na petição inicial.

Pretende, ainda, que a condenação seja reduzida ao dano material pleiteado na exordial, sob pena de violar o art. 460 do CPC.

Por fim, diz que houve sucumbência recíproca e por isso não poderia ter sido condenada a pagar honorários, os quais devem ser compensados nos termos do art. 21 do CPC.

O recurso foi recebido no duplo efeito e processado com as contrarrazões.

É o relatório.

A sentença merece reforma.

Joe Weider Comércio de Produtos Naturais Ltda. é fabricante de suplementos nutricionais e por vários anos manteve relações comerciais com

Acesso ao Sumário

Moinho Romariz Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda., adquirindo dele, com exclusividade, matéria prima denominada extrato de soja PS60 - produzida pela empresa Olvebra Industrial S/A -, utilizada na composição da fabricação de produtos.

No início de 2005 recebeu diversas reclamações de clientes e mandou analisar os respectivos componentes de sua fórmula, constatando que a origem do problema era o elevado teor de sal do extrato de soja PS60.

Diante disso elaborou uma planilha com base nos produtos inadequados retirados do mercado, apurando um prejuízo de R$ 136.096,81.

Realizada a instrução processual foi possível concluir que os lotes de extrato de soja adquiridos com regularidade pela autora realmente apresentavam um excesso de sal, relacionado exclusivamente ao processo inadequado de fabricação do produto.

Insta salientar que na espécie não se trata de relação de consumo, uma vez que a autora é pessoa jurídica (sociedade por cotas de responsabilidade limitada, fls. 14/16) e adquiria o extrato de soja como matéria prima a ser utilizada na produção de outras mercadorias que comercializa.

Nestas circunstâncias, tratando-se de relação jurídica comercial, a responsabilidade por vícios na qualidade dos produtos é regulada pelos artigos art. 441 e seguintes do Código Civil, mostrando-se inaplicável o art. 931 do Código Civil, dispositivo que se refere especificamente à responsabilidade das empresas pela reparação de danos/acidentes causados por produtos com vício de insegurança, traduzindo hipótese de responsabilidade pelo fato do produto.

Segundo dispõe o art. 443 do Código Civil, "*Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa,* ***restituirá o que recebeu com perdas e danos****; se o não conhecia, tão-somente* ***restituirá o valor recebido****, mais as despesas do contrato.*". (grifei)

No caso não há elemento de convicção que permita concluir que o réu tinha conhecimento sobre o inadequado teor de sal do extrato de soja vendido à autora no período de maio a outubro de 2004, sendo impossível responsabilizá-lo pelas perdas e danos suportados pela autora.

Poder-se-ia cogitar na devolução do preço pago pela matéria prima, conforme estabelece a segunda parte do citado dispositivo legal, mas tal direito submete-se ao prazo decadencial de 180 dias previsto no § 1º do art. 445 do Código Civil.

Na espécie não há duvidas de que em março de 2005 a autora já tinha conhecimento do vício de qualidade do produto, uma vez que nesta data encaminhou *e-mail* ao réu informando sobre o elevado teor de sal e pleiteando o ressarcimento das perdas e danos. (fls.17)

Acesso ao Sumário

Sendo assim, proposta a ação apenas em fevereiro de 2006, de rigor o reconhecimento da decadência do direito.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para julgar improcedente a ação e condenar a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários que, com base no § 4º do art. 20 do CPC, ora fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0190646-16.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 30ª 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 de competência, para declarar a competência da C. 30ª Câmara de Direito Privado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CLÓVIS CASTELO, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI, RUY COPPOLA, GRAVA BRAZIL, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 27 de março de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação de obrigação de fazer, fundada em exclusão de condômino que mantém comportamento incompatível com a vida em condomínio - Aplicação do art. 2º, III, "c", da Resolução nº 194/2004, com redação dada pela Resolução nº 281/2006 - Competência da Seção de Direito Privado III (da 25ª à 36ª Câmaras) - Fixação da competência da 30ª Câmara de Direito Privado -

Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado, em análise de recurso de apelação, pelo *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 10ª Câmara de Direito Privado*, Dr. Coelho Mendes, em face do *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 30ª Câmara de Direito Privado*, Dr. Orlando Pistoresi.

Distribuído inicialmente o recurso para a 30ª Câmara de Direito Privado, declinou esta de julgá-lo, sob o argumento que não se cuida de ação de cobrança a condômino de quaisquer despesas devidas ao condomínio, pelo que a matéria posta a debate não se insere na competência preferencial das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado Deste E. Tribunal de Justiça, mas sim na competência recursal das 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 197/199).

Redistribuído o feito para a 10ª Câmara, esta entendeu por bem suscitar o presente conflito negativo, aduzindo que por força da Resolução nº 194/2004 do Tribunal de Justiça do Estrado de São Paulo, baixada da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a competência para esta ação é de uma das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 208/211).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência da Câmara suscitada.

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, competente para o processamento do apelo é a C. 30ª Câmara de Direito Privado.

Com efeito, trata-se de recurso tirado nos autos de ação de obrigação de fazer para imposição de multa condominial e exclusão de condômino nocivo, movida por Condomínio Edifício Oeste em face de Miquelina Caldas.

Os autos foram originalmente distribuídos à 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso e determinou a redistribuição para uma das Câmaras ordinalmente numeradas de 1 a 10 da Seção de Direito Privado, por não se tratar de ação de cobrança de condômino de quaisquer despesas devidas ao condomínio.

Essa, por sua vez, entendendo tratar-se de ação visando a remoção coercitiva da ré como forma de resolver os transtornos que vem ocasionando de forma nociva aos demais moradores e, com fundamento em direito de vizinhança e de uso nocivo da propriedade, competente para julgar esta ação uma das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado.

Razão assiste à Colenda 10ª Câmara, suscitante deste Conflito de Competência.

Como é sabido, a competência do órgão jurisdicional, seja originária ou

Acesso ao Sumário

recursal, com bem leciona Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil* (V. I, 4ª ed., São Paulo, 2004, p. 421/422), é aferida ***"invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda proposta,* in statu assertionis"**.

Nesse sentido, vide também: STJ, Conflito de Competência nº 100.589/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/09/2009, DJe de 30/09/2009; Conflito de Competência nº 90.673/SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j . 27/05/2009, DJe de 10/06/2009; Conflito de Competência n° 98.704/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 11/02/2009, DJe de 04/03/2009.

Dessa forma, a definição do órgão jurisdicional competente deve ser realizada à luz dos elementos da petição inicial, conforme, inclusive, estabelecido no art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"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, cuidam os autos de ação de obrigação de fazer para imposição de multa condominial e exclusão de condômino nocivo.

A causa de pedir está baseada no comportamento incompatível com a vida em condomínio da ré, que ocasiona diversos transtornos aos condôminos há treze anos. Com a peculiaridade, que definitivamente caracteriza a situação de uso nocivo da coisa, com afetação dos vizinhos, de ser a ré na ação invasora do local, e não condômina propriamente.

Destarte, a lide principal está inserida dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas **"ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais"** e que são da competência da Seção de Direito Privado III (da 25ª à 36ª Câmaras), eis que a discussão, *in casu*, envolve ofensa a direito de vizinhança e o eventual uso nocivo do próprio imóvel.

Verifica-se que este Tribunal bandeirante posiciona-se no seguinte sentido:

"Conflito de Competência. Ação de obrigação de não fazer, cumulada com pretensão de reparação de danos morais. Perturbações impostas pela ré aos moradores vizinhos. Petição inicial que define a competência, onde se alega que as máquinas de impressão da ré geram um grande ruído, impedindo o sono dos residentes das casas circunvizinhas, além de mau cheiro, proliferação de insetos e rachaduras nos imóveis dos autores. Ausência de debates sobre direitos difusos, coletivos, ou mesmo individuais relacionados ao meio ambiente, o que retira competência da câmara especializada para apreciação da matéria. Ausência de pedido de reparação ao meio ambiente. Ação de indenização por danos causados pela ré, oriundos de sua atividade

Acesso ao Sumário

industrial. Conflito procedente. Competência da 28ª Câmara de Direito Privado" (TJSP 0094284-49.2013.8.26.0000 - Relator(a): Ruy Coppola - Comarca: Santo André - Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo - Data do julgamento: 14.08.2013).

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito negativo de competência, declarando-se a competência da C. 30ª Câmara de Direito Privado para o processamento e julgamento da apelação.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 9162692-75.2009.8.26.0000/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são embargantes AUGUSTA FÁTIMA DE SOUZA FRANCO (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA DE SOUZA FRANCO, DIRCELENE VAZ PINTO ALVES PEREIRA e SILENE APARECIDA VAZ PINTO, é embargado BANCO NOSSA CAIXA 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: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.446)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), CAUDURO PADIN e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 17 de março de 2014.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

Ementa: Embargos de declaração - Ação de cobrança - Caderneta de poupança - Ausência de documentos imprescindíveis para a solução do litígio, quais sejam os extratos das contas-poupança de titularidade das autoras, relativos aos meses de janeiro-fevereiro/89 (Plano Verão) e março-abril/90 (Plano Collor I) - Provimento do recurso do banco-réu para julgar improcedente a ação, por falta dos extratos das contas-

Acesso ao Sumário

poupança - Inadmissibilidade - Hipótese de conversão do julgamento em diligência para que sejam carreados para os autos os aludidos extratos - Aplicação dos arts. 560, parágrafo único, e 130, do CPC - Decretação da nulidade do v. acórdão - Embargos acolhidos.

VOTO

Vistos.

1 - As autoras, inconformadas com o v. acórdão, que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação, interposto pelo banco-réu, deduziram embargos declaratórios. (fls. 173/178).

Sustentam as ora autoras-embargantes, em síntese, que apresentaram documentação hábil a comprovar a existência das contas-poupança de sua titularidade; que não houve pronunciamento no v. acórdão sobre o requerimento feito na inicial, de inversão do ônus da prova, para o fim de transferir ao banco-réu a incumbência de exibir os extratos das contas-poupança; que prequestiona toda a matéria e que os embargos devem ser acolhidos. (164/166).

Os autos foram originariamente distribuídos ao **Des. IRINEU FAVA** e, em razão de sua promoção, por determinação da E. Presidência da Seção de Direito Privado, foram a mim redistribuídos para reapreciação dos embargos de declaração, conforme decisão proferida pelo **E. STJ**, em sede de recurso especial interposto pelas autoras. (fls. 349/355, 366).

É o relatório.

2 - As autoras, ora embargantes, pretendem o recebimento, do banco-réu, da diferença, entre a correção monetária creditada em suas cadernetas de poupança de sua titularidade, relativa aos meses de **janeiro/89** e **março/90 (valores não bloqueados)**, e os percentuais, respectivamente, **42,72%** e **84,32%**, que corresponderiam à inflação verificada naquele período, mais os juros remuneratórios contratuais. (fls. 02/10).

E, não dispondo dos documentos comprobatórios da existência de saldo em suas contas-poupança nos meses referidos, as autoras, ora embargantes, pleitearam, expressamente, na inicial, que fosse determinado ao banco-réu que carreasse para os autos os respectivos extratos.

E, não apreciado tal pedido pelo Juízo "a quo", as autoras, ora embargantes, quando da especificação de prova, insistiram na produção de prova documental, consistente, justamente, na apresentação, pelo banco-réu, dos extratos das contas-poupança de sua titularidade dos meses abarcados pela ação judicial. (fls. 93, 95).

A ação foi julgada procedente, apenas com base nos documentos comprobatórios da abertura das contas-poupança de titularidade das autoras,

ora embargantes, mas, em sede recursal, foi dado provimento ao recurso de apelação interposto pelo banco-réu, sob o argumento de que elas não haviam feito a prova da existência de saldo nos meses de **janeiro-fevereiro/89** e **março-abril/90 (valores não bloqueados)**. (fls. 23/28, 102/112, 173/178).

Os extratos das contas-poupança de titularidade das autoras, ora embargantes, **relativos aos meses de janeiro-fevereiro/89 (Plano Verão) e março- abril/90 (Plano Collor I)**, à evidência, são documentos imprescindíveis para a solução do litígio, não sendo admissível a improcedência da ação sem que, ao menos, seja tentada a sua obtenção.

Assim, para que não pairem dúvidas no julgamento e não seja perpetrada uma injustiça, se nos afigura útil e prudente, na busca da verdade dos fatos, a conversão do julgamento em diligência, para que o banco-réu traga para os autos os documentos relacionados com as contas-poupança de titularidade das autoras, ora embargantes, nos períodos apontados, que se encontram em seu poder, ou esclareça e comprove a completa impossibilidade de fazê-lo.

Em suma, em se tratando de hipótese de conversão do julgamento em diligência para que sejam carreados para os autos os aludidos extratos, nos termos dos **arts. 560, parágrafo único, e 130, do CPC**, impõe-se a decretação da nulidade do v. acórdão.

Deste modo, decretada a nulidade do v. acórdão embargado, de ser convertido o julgamento em diligência, determinada a intimação do banco-réu para que, no **prazo de 60 (sessenta) dias**, contado da publicação do acórdão, traga para os autos os extratos das contas-poupança de titularidade das autoras, ora embargantes, **relativos aos meses de janeiro-fevereiro/89 (Plano Verão) e março-abril/90 (Plano Collor I).**

3 - Ante o exposto, **acolhem-se os embargos, para o fim especificado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0120024-05.2010.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, e embargado CHEN JIH CHENG.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos parcialmente acolhidos, sem efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6531)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

Acesso ao Sumário

SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 7 de maio de 2014.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Reconhecimento. Prescrição. Juros moratórios e remuneratórios. Juros remuneratórios que perdem a natureza de acessórios e passam a integrar o capital. Juros moratórios também devidos nos termos da Súmula 54 do STJ. Inocorrência de prescrição. Direito pessoal. Prazo vintenário do artigo 177 do Código Civil de 1916. Inteligência do artigo 206 do novo Código Civil c.c. artigo 2.028 do mesmo estatuto. Prescrição afastada. Precedentes. Acolhimento dos embargos, sem efeito modificativo.

DEMAIS TEMAS. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a ensejar a propositura do recurso. Alegações que se revestem de caráter infringente. Inexistência de vício no julgado. Propósito de prequestionamento. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados.

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra v. acórdão (fls. 449/458) que, por votação unânime, deu provimento ao recurso do ora embargado.

Sustenta o embargante, em suma, que *"o v. acórdão omitiu-se de que a adoção de índices diversos daqueles estabelecidos no convênio firmado entre as instituições financeiras e a Corregedoria da Justiça ofende a segurança jurídica e vai de encontro ao dispositivo nos artigos 6º, par. 2º, e 9º, da Lei 8024/90, e 3º, 7º e 12 da Lei 8177/91, que dispôs a forma de correção observada pelo Banco Embargante nos respectivos períodos. Ressalte-se, a correção dos valores depositados em conta judicial foi realizada na mais perfeita ordem, de acordo com os índices da caderneta de poupança e em observância à Resolução e à legislação citada que, permissa máxima venia, restou desconsiderada pelo v. aresto. Partindo desta premissa, não há que se falar em saldo remanescente*

Acesso ao Sumário

(...). Portanto, é certo que este E. Tribunal foi omisso ao analisar a matéria de acordo com as leis e resoluções editadas para regulamentar a remuneração dos depósitos judiciais, servindo os presentes embargos para que seja afastada referida omissão, apreciando-se de forma expressa os dispositivos suscitados (...)" (fls. 466). Há omissão, ainda, quanto: **a)** a prescrição quinquenal dos juros moratórios e remuneratórios (artigo 178, § 10, inciso III, do Código Civil de 1916). (fls. 467); e **b)** a impossibilitada de cumulação dos juros de mora e remuneratórios "a qual não é admitida pelo ordenamento jurídico, há vista a capitalização" (fls. 468). Alternativamente, sustenta que se for rejeitada a prescrição e mantida a condenação, "haverá de ser suprida a omissão para reconhecer que os juros remuneratórios SOMENTE poderão incidir até a data do levantamento", sob pena de violação aos artigos 591, do Código Civil e art. 4º do Decreto 22.626/33 (fls. 468/469). Prequestiona a matéria para fins de interposição de recursos especial e extraordinário.

VOTO

De fato, não houve manifestação acerca da alegada prescrição dos juros moratórios e remuneratórios, tema que foi deduzido em contestação (fls. 137), com reiteração em contrarrazões (fls. 421).

Impõe-se, assim, o exame da questão.

Cumpre ser ressaltado que os juros remuneratórios incidentes sobre os depósitos judiciais perdem a natureza de acessórios quando mensalmente capitalizados e passam a integrar o capital, sendo incogitável, portanto, a incidência do prazo quinquenal do artigo 178, § 10, III, do Código Civil de 1916. Assim, a prescrição é vintenária, como estabelece o artigo 177 do mesmo estatuto.

De fato, os juros passam a integrar o capital para render novos juros, assim se sucedendo durante toda a execução do contrato, porque desse modo estabeleceram as partes. Quando isso ocorre perdem eles a natureza de juros e, assim, não podem ser atingidos pela prescrição de que trata o citado dispositivo legal.

Nesse sentido, entendimento desta Corte:

"APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. CONTRATO DE DEPÓSITO. JUROS. Prescrição quinquenal afastada. Na caderneta de poupança, os juros incorporam-se ao capital, perdendo a natureza acessória. Prescrição vintenária reconhecida. Incidência da regra do artigo 2.028 do Código Civil. PLANOS ECONÔMICOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANO COLLOR II. A Lei n° 8.177/91 previu expressamente a TRD para a remuneração dos depósitos a partir de fevereiro de 1991. Índices pleiteados afastados. Diferenças indevidas.

Acesso ao Sumário

Recurso provido". (TJSP, Apelação nº 992.08.078657-9, Relator Gilberto Leme, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 17.8.2010).

Esse também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CADERNETA DE POUPANÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. IPC. INCIDÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

I - É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças, porquanto discutido o próprio crédito, e não seus acessórios.

(...). Agravo Regimental improvido". (AgRg no Agravo de Instrumento nº. 1.36.590, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 23.6.2009).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANO VERÃO. PRETENSÃO DE PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE RENDIMENTOS. JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DO IPC. LEI N. 7.730/89. NÃO INCIDÊNCIA. 1. ***Consoante entendimento desta C. Corte, os juros remuneratórios de conta de poupança, incidentes mensalmente e capitalizados, agregam-se ao capital, assim como a correção monetária, perdendo, pois, a natureza de acessórios, fazendo concluir, em conseqüência, que a prescrição não é a de cinco anos prevista no art. 178, § 10, III, do Código Civil de 1916, mas a vintenária.***

(...). Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no Ag 1013431/RS, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., j. 8.6.10) "Grifo nosso".

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEPÓSITO JUDICIAL. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. RESPONSABILIDADE. BANCO DEPOSITÁRIO. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. DEMANDA DE CARÁTER PESSOAL. PRAZO VINTENÁRIO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento pacífico de que a responsabilidade pela correção monetária e pelos juros, após feito o depósito judicial, é da instituição financeira onde o numerário foi depositado, sendo desnecessário, para tal finalidade, o ajuizamento de nova demanda, uma vez que o banco tem a função de auxiliar da justiça (Súmulas 179 e 271 do TJ).

2. A atualização da moeda, nos depósitos judiciais, deve ser plena, sendo devidos os expurgos inflacionários.

3. Quando se cuidar de pretensões que envolvam diferença de correção

Acesso ao Sumário

monetária em depósitos judiciais (como expurgos inflacionários), a prescrição é vintenária (art. 177 do CC/1916) - e não quinquenal (art. 178, § 10, III, do CC/1916) -, eis que se discute o próprio crédito e não os seus acessórios. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Agravo de Instrumento nº 472.699 - SP (2002/0114787-8), Relator Ministro Vasco Della Giustina, j. 6.10.2009).

De se ponderar que devem ser consideradas as datas dos levantamentos dos depósitos como o *dies a quo* para fins de contagem do prazo prescricional, pois é a partir delas que o titular toma ciência do real valor depositado judicialmente.

Na hipótese, os levantamentos dos depósitos ocorreram nos meses de fevereiro e dezembro de 1994 (fls. 88/95). Assim, verifica-se que, até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, ainda não havia decorrido metade do prazo vintenário previsto no seu artigo 177 do Código anterior, aplicando-se a regra do artigo 2.028 do novo Código Civil[1]. Portanto, aplicável o prazo decenal, previsto no artigo 206 do novo Código Civil, a partir de janeiro de 2003 (vigência do novo Código Civil) e, proposta a ação em 9.3.2010 (fls. 2), não há falar-se em prescrição.

E, acresça-se, conforme já decidiu esta Corte *"nada obsta a cumulação de juros moratórios e remuneratórios, porquanto têm origem e finalidade diversas. O primeiro resulta do inadimplemento do banco depositário no pagamento das diferenças decorrentes dos expurgos inflacionários, enquanto o segundo diz respeito à remuneração do capital depositado em juízo"* (Apelação nº 0121917-31.2010.8.26.0100. Comarca: São Paulo. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator o Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, j. em 13.12. 2012).

No mais, o que se pretende é rediscutir a matéria visando à reforma do julgado que lhe foi desfavorável.

Essa pretensão não é admitida em sede de embargos de declaração, cujo escopo é sanar omissão, obscuridade ou contradição na decisão (art. 535 do CPC) e a modificação do decidido deve ser consequência lógica da correção de eventuais vícios, inexistentes no caso.

Frise-se que é inadmissível o caráter infringente pretendido pelo recorrente:

> "São incabíveis embargos de declaração utilizados 'com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada' pelo julgador (RTJ 164/793)" (T. Negrão e outro, *in* "CPC e legislação processual em vigor", 40ª ed., p. 719, nota 4 ao art. 535).

Acesso ao Sumário

1 Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver decorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Fica observado que o órgão julgador apreciou as questões aventadas, decidiu de conformidade com seu entendimento e de forma suficientemente fundamentada, *verbis*:

"De se reconhecer, incialmente, a legitimidade e interesse do autor, pois constou do acordo realizado em ação de consignação em pagamento que: '(...) Chen Jih Cheng - reconhece ser devedor da quantia de CR$. 32.259.846,00 (Trinta e dois milhões, duzentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e quarenta e seis cruzeiros reais) (...)'. Para satisfazer o crédito da Recorrida - Brascan Imobiliária S.A. - o Recorrente autoriza a Recorrida a proceder ao levantamento das quantias depositadas em juízo, as quais, mediante projeção dos acréscimos legais, deverão alcançar o montante de CR$. 19.232.328,86 (dezenove milhões duzentos e trinta e dois mil trezentos e vinte e oito cruzeiros reais e oitenta e seis centavos). 'A Requerida obriga-se a efetuar os levantamentos das importâncias depositadas na data do aniversário de cada depósito' (fls. 30/34). Nota-se, assim, que não se convencionou tenha sido destinado ao credor, naquela demanda, a integralidade dos depósitos efetuados, de modo que ao autor, ora recorrente, há de ser reconhecido o direito de postular o pagamento das diferenças de rendimentos o que o banco deixou de pagar, relativos aos índices dos denominados expurgos inflacionários, provocadas em decorrência da implementação dos planos econômicos Collor I e II (...). Há de ser afastada, pois, a extinção do processo, sem exame do mérito. E, ante tal solução, torna-se possível o imediato julgamento do mérito da causa, nos termos do que estabelece o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria é apenas de direito e as provas são suficientes para o esclarecimento das questões postas. Cuida-se de ação de cobrança de diferença dos rendimentos de correção monetária sobre depósitos judiciais no período dos planos econômicos Collor I e II. Sustenta o autor, ora recorrente que nas datas dos respectivos levantamentos, os valores não foram devidamente corrigidos pelos 'índices do IPC, do IBGE, para retratar a inflação dos meses de março/90, abril/90, maio/90 e fevereiro/91' (fls. 4). Assim é que pediu a condenação do banco no pagamento das diferenças, 'mantido o crédito dos juros remuneratórios próprios dos depósitos judiciais, capitalizados mensalmente à taxa legal, conforme dispõe o item I do Provimento nº 257/85 do Conselho Superior da Magistratura, até o efetivo pagamento', bem como 'acrescidos de juros de mora, nos termos da Súmula 54. Do STJ, contados desde a ilícita remuneração a menor praticada' (fls. 8). Os depósitos judiciais submetem-se, no que concerne à renumeração, às regras da caderneta de poupança. Portanto, a correção monetária, expressão atualizada do valor da moeda, deve ser aplicada integralmente

Acesso ao Sumário

aos depósitos judiciais, inclusive com os expurgos inflacionários. A instituição financeira depositária é responsável pela correta atualização dos saldos dos valores recolhidos a título de depósito judicial, conforme Súmula nº 179/STJ[2]. O Plano Collor I foi editado pela Medida Provisória nº 168, de 15/3/1990, convertida na Lei nº 8.024 de 12/4/1990, cujo artigo 6º dispunha: 'Art. 6º - Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento, segundo a paridade estabelecida no § 2º do art. 1º, observado o limite de NCz$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos). § 1º As quantias que excederem o limite fixado no caput deste artigo, serão convertidas, a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas. § 2º As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN Fiscal verificada entre a data do próximo crédito de rendimentos e a data da conversão, acrescidas de juros equivalente a 6% (seis por cento) ao ano ou fração pro rata.' Assim, a nova norma adotou o BTNF para atualização dos cruzados novos bloqueados. (...). Na hipótese, foram efetuados depósitos judiciais que, conforme demonstram os extratos a fls. 67, 68, 70 e 74, referentes aos períodos em questão, de modo que os valores depositados permaneceram disponíveis na conta judicial sob administração dos réus e, assim, não foram bloqueados. O bloqueio, como se vê, não foi contemplado pela referida Medida Provisória. A partir dos depósitos, o autor adquiriu direito à devolução integral do valor depositado, nela compreendida a exata correção. E os bancos, ao aplicarem indexador diverso, afrontaram o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, que constituem garantias constitucionais. Por isso, é legítima a cobrança das diferenças de correção monetária nos períodos mencionados na inicial, que devem ser corrigidas pelo índice do IPC, variável conforme os percentuais dos expurgos inflacionários por ocasião da instituição dos Planos Governamentais (março/90 - 84,32%; abril/90 - 44,80; maio/90 - 7,87% e fevereiro/91 - 21,87%). (...). Assim, legítima a aplicação dos índices do IPC expurgados por ocasião dos planos de estabilização econômica. Quanto aos critérios de atualização, há de ser ressaltado que as diferenças devidas serão calculadas mediante aplicação dos índices da Tabela do Tribunal de Justiça, acrescendo-se aos valores devidos os juros remuneratórios, capitalizados, mais os moratórios de 0,5% ao mês até a vigência do Novo Código Civil e, a partir daí, 1% ao mês, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), consoante entendimento jurisprudencial que se adota (...)". gn.

2 *"O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos".*

Acesso ao Sumário

E quanto ao prequestionamento, conforme já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> "As hipóteses de cabimento do recurso aclaratório estão previstas nos incisos I e II do art. 535 do CPC, e, dentre aquelas, não se encontra a possibilidade de promoção do prequestionamento explícito de dispositivo com o propósito de o embargante vir a manejar recursos de natureza extrema; abre-se ensejo a tal desiderato quando houver omissão, obscuridade ou contradição no corpo da decisão embargada" (EDcl no REsp. 480.589/RS, 6ª T. rel. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. 4/11/2004).

Assim, dispensável que o Tribunal se pronuncie acerca das matérias e dispositivos legais invocados pelo embargante para que este acesse as instâncias superiores.

Ante o exposto, acolho os embargos para suprir a omissão verificada, mas sem alteração do resultado do julgamento.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0119988-60.2010.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, é embargado CONDOMÍNIO PARK PLAZA RESIDENCE SERVICE.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Consultados sobre a necessidade de leitura do Relatório, os Senhores Advogados a dispensaram. Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente), SERGIO GOMES, DIMAS CARNEIRO E ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

PEDRO KODAMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos infringentes. Ação de obrigação de fazer c.c. restituição de pagamento indevido. Sentença de reconhecimento da prescrição. Acórdão que afastou a prescrição por decisão unânime. Divergência quanto à classificação do imóvel na categoria 'misto'. Questão de mérito não analisada na sentença. Ausência dos requisitos do art. 530 do CPC. Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos contra o v. acórdão (fls. 377/380), cujo relatório adoto em complemento, que, em ação de obrigação de fazer c.c. restituição de pagamento indevido, por maioria de votos, deu parcial provimento à apelação do condomínio autor para manter o afastamento da prescrição na forma do voto declarado pelo Em. Des. Relator sorteado e para deferir o pedido do condomínio autor para classificá-lo como consumidor MISTO, repetindo a ré/apelada, de forma simples, as quantias indevidamente cobradas, acrescidas de correção monetária desde os desembolsos e de juros de mora a partir da citação.

A ré/embargante, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, sustenta o reconhecimento da prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, do Código Civil ou caso não seja esse o entendimento adotado pugna pela aplicação da prescrição quinquenal, prevista no Código de Defesa do Consumidor. Sustenta a legalidade e constitucionalidade da forma de cobrança dos serviços prestados ao autor/embargado, desde a vigência do Decreto Estadual nº 41.445/96, que instituiu o atual o regime tarifário de cobrança dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgotos. Frisa que o art. 3º, § 2º, do mencionado decreto permite o enquadramento do imóvel na categoria "misto" para os casos em que existe clara e visível segregação, dentro do mesmo prédio, entre unidades residenciais e comerciais, devendo ser afastada sua incidência nos casos em que a atividade comercial permeia todo o edifício. Requer o acolhimento dos embargos infringentes, com a manutenção da r. sentença e a prevalência do voto do desembargador Dr. Dimas Carneiro (fls. 407/424). Colacionou jurisprudências (fls. 427/511).

O autor/embargado apresentou contrarrazões, arguindo preliminar de não conhecimento dos embargos (fls. 532/556).

Fizeram parte da Turma Julgadora os eminentes Desembargadores Dimas Carneiro (Relator sorteado, com declaração de voto parcialmente vencido), José Tarciso Beraldo (Relator designado) e Israel Góes dos Anjos (Presidente e 3º desembargador).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Versa o feito sobre ação de obrigação de fazer c.c. restituição de pagamento indevido proposta por Condomínio Park Plaza Residence Service contra Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

A Meritíssima juíza *a quo* julgou extinto o processo, reconhecendo a ocorrência da prescrição, nos seguintes termos: (fls. 304/305):

> *"Ante o exposto, JULGO EXTINTO o processo com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor da causa."*

Somente o autor recorreu.

Em julgamento realizado por esta C. Câmara, por maioria de votos, foi dado parcial provimento à apelação, com a seguinte ementa (fls. 377):

> *"PRESCRIÇÃO - Ação de restituição de quantias indevidamente cobradas - Prazo prescricional ordinário, de dez anos, ainda não transcorrido - Prescrição afastada na forma do voto do Relator sorteado. CONTRATO - Prestação de serviços - Abastecimento de água e coleta de esgoto - Imóvel em que funciona um condomínio de 'flats' - Múltiplas unidades residenciais autônomas - Alteração do regime de economia única para regime misto, conforme pedido inicial - Inteligência do § 1º do art. 3º do Decreto Estadual n° 41.446/96 e do art. 128 do Cód. de Proc. Civil - Devolução, todavia, que deve se dar de forma simples, uma vez não demonstrada má-fé - Apelação parcialmente provida."*

A preliminar arguida pelo autor/embargado em contrarrazões deve ser acolhida. Os presentes embargos infringentes não podem ser conhecidos pela manifesta inadmissibilidade.

Com efeito, o artigo 530 do Código de Processo Civil dispõe que:

> *"Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".*

A irresignação da embargante quanto ao afastamento da prescrição não foi objeto de divergência da C. Turma Julgadora, que por unanimidade a afastou (fls. 378 e 381), não sendo referida questão passível de embargos infringentes.

Em caso análogo, este E. Tribunal decidiu pelo não conhecimento dos embargos infringentes:

> *"RECURSO. EMBARGOS INFRINGENTES. Ação ordinária de preceito cominatório, fundada em plano de saúde. O autor pretende a sua manutenção e de seus dependentes como beneficiários no plano*

de saúde administrado pela embargante nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho com a General Motors, por prazo indeterminado e mediante o pagamento integral das prestações mensais. ***Acórdão que, por maioria, deu provimento ao apelo do autor para julgar procedente o pedido. Voto vencido provia em menor extensão. Sentença julgara extinto o feito, com julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição. Voto vencido que entendia pelo cálculo da prestação mensal de forma diversa da Turma Julgadora, não se soma ao entendimento do juízo monocrático, que reconheceu a ocorrência da prescrição, de modo que são descabidos os embargos infringentes, a teor da nova redação do art. 530 do CPC.*** *Embargos infringentes não conhecidos"* (Embargos infringentes nº 9066319-79.2009.8.26.0000/50000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator PAULO EDUARDO RAZUK, j. 4.2.14, grifei).

No que se refere ao pedido de enquadramento do imóvel pertencente ao condomínio/autor na categoria "misto" há que se ressaltar que pelo voto vencido, no limite da divergência, não houve alteração de sentença, que não chegou a apreciar tal questão, o que impede o conhecimento dos presentes embargos, também nesse ponto. Não houve, na sentença, análise do pedido e da causa de pedir apresentados pelo autor na petição inicial. O reconhecimento da prescrição, embora envolva o mérito, não implicou na apreciação do pedido propriamente dito. O voto vencido, é bom ressaltar, não foi pela mantença do reconhecimento da prescrição.

A propósito, decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"1. Na sistemática original do CPC, a simples existência de divergência em julgado proferido em apelação e em ação rescisória ensejava a interposição de embargos infringentes.

2. A Lei 10.352, de 26.12.2001, porém, dando nova redação ao art. 530 do CPC, restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos, passando a exigir, para sua admissão, ***(a) que tenha havido reforma de sentença de mérito*** *e (b) que tal reforma tenha sido decorrente de julgamento por não-unânime.*

3. Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de a improcedência.

4. No caso concreto, revelam-se incabíveis os embargos infringentes, por veicularem pedido cuja improcedência, imposta pela sentença de primeiro grau, foi confirmado pelo acórdão da apelação. Quanto a tal pedido, não está configurado o requisito da desconformidade entre a sentença e o acórdão.

Acesso ao Sumário

5. Recurso especial provido."

(REsp 645437/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 231, RSTJ vol. 192, p. 198).

O citado Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento de embargos de declaração em recurso especial, destacou a redução das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, com o advento da Lei nº 10.352/2001, de modo a acabar com a "tábula rasa" até então reinante:

"1. A antiga redação do art. 530 do CPC autorizava a interposição dos embargos infringentes contra todo e qualquer julgamento não-unânime de apelação cível.

2. De modo a acabar com a tábula rasa até então reinante, estabelecer uma maior racionalidade e, assim, contribuir com a celeridade processual, a Lei n. 10.352/2001 reduziu sensivelmente o espectro de abrangência do recurso de embargos infringentes no âmbito do processo civil, estabelecendo parâmetros mais rígidos para a sua admissão.

3. Seguindo a* ratio essendi *da reforma legislativa, os embargos infringentes agora não se prestam mais para questionar todo julgamento colegiado não-unânime que reforma uma sentença de mérito. É preciso que a dissidência seja qualificada, dela despontando uma objetiva plausibilidade jurídica na tese encampada pelo voto vencido. Portanto, a admissão dos embargos infringentes reclama não só voto vencido e reforma da sentença. Exige, também, que a voz vencida seja pela manutenção da sentença. Não há necessidade de ser a manifestação minoritária, evidentemente, idêntica à sentença. Basta que confirme seu resultado, mediante os mesmos ou diversos fundamentos.

4. Nesse quadro, aplica-se o critério da dupla sucumbência, que impede aquele derrotado nas duas instâncias de valer-se do reclamo regrado no art. 530 do CPC. Por consequência, os embargos infringentes jamais serão instrumento jurídico recursal hábil a resguardar os interesses do apelante, mas apenas e sempre os do apelado. Isso porque, a reforma de sentença obtida à ocasião do julgamento do recurso de apelação jamais poderá vir a prejudicar o próprio autor do recurso, o apelante, até porque vigora em nosso sistema processual o princípio da proibição à reforma para piorar a situação do recorrente.

5. Nos casos de provimento parcial da apelação e consequente reforma de parte da sentença, devem-se distinguir duas situações: a) na parte provida, a reforma da sentença prejudica apenas o apelado e beneficia o apelante; logo, se houver voto vencido para manter a sentença nesse aspecto, apenas o apelado terá interesse para propor embargos

Acesso ao Sumário

infringentes;

b) na parte desprovida, não se opera reforma da sentença, havendo, nessa parcela, confirmação da sentença; portanto, a ocorrência de voto vencido, propondo provimento do apelo em maior extensão do que a maioria, não permite a interposição dos embargos infringentes, na medida em que o pronunciamento vencedor alinha-se à sentença de primeiro grau.

6. Na hipótese dos autos, a sentença de primeiro grau concedeu indenização por danos morais e pensão mensal a bem das autoras da ação indenizatória. Em grau de apelação, por maioria de votos, a reparação por danos morais restou mantida, sendo reduzida apenas a pensão mensal. O voto vencido foi no sentido de julgar totalmente improcedente ambos os pedidos. Assim, verifica-se que o posicionamento minoritário em segunda instância, propondo o provimento da apelação em maior extensão, trata-se de pronunciamento único e isolado nos autos, não servindo de paradigma à interposição dos infringentes. Desnecessário, portanto, para exaurir a instância ordinária o manejo do recurso previsto no art. 530 do CPC, reservado apenas a discutir a parcela da sentença alvo de efetiva reforma pelo julgamento não-unânime. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n. 281/STF.

7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, que resta desde logo provido, para revogar a decisão monocrática que não conheceu do recurso especial".

(EDcl no REsp 1087717/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 10/10/2012, grifei).

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço dos embargos infringentes.

Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0205513-48.2012.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor OSVALDO LUIZ GOMES CASTANHEIRA, é réu PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

Acesso ao Sumário

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SÉRGIO RUI, MAIA DA ROCHA, SILVEIRA PAULILO, ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 7 de abril de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI - INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - Não houve violação literal de disposição de lei, alicerçando-se o v. Acórdão impugnado em interpretação de cláusulas contratuais - Ação rescisória improcedente.

VOTO

Trata-se de **ação rescisória** proposta por Osvaldo Luiz Gomes Castanheira em face da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, pleiteando-se, sob o fundamento de violação literal de disposição de lei (CPC, art. 485, V), a rescisão do v. Acórdão copiado às fls. 28/31 dos autos, que, por maioria, deu provimento a recurso de apelação para julgar improcedente ação de cobrança proposta pelo ora autor.

O autor sustenta, em síntese, que celebrou com a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, ora ré, o contrato de mútuo e plano de expansão de serviço de telefonia; que a ré se comprometia a devolver o valor do empréstimo no máximo em 8 (oito) anos; que a ré não cumpriu o contratado, razão da propositura de ação de cobrança; que a r. sentença de Primeiro Grau julgou procedente o pleito; que a ré interpôs apelação; que a apelação foi, por maioria, provida para julgar improcedente a ação; que os embargos infringentes interpostos foram rejeitados; que foi negado seguimento ao recurso especial interposto; que o feito transitou em julgado.

O autor alega, ainda, que, em relação à prescrição, a requerida não produziu provas quanto a data de encerramento dos serviços de expansão das linhas telefônicas; que não se trata de contrato de compra e venda porque a ré não está habilitada à compra e venda de terminais telefônicos; que a Lei Municipal nº 1.275/01 declara tratar-se de contrato de empréstimo; que a matéria debatida encontra respaldo nas Leis Municipais nº 3.384/77, que reporta à Portaria nº 725/77 do Ministério das Comunicações, e nº 3.649/79, que reporta à Portaria

Acesso ao Sumário

nº 486/79 do Ministério das Comunicações; e, que não se sustenta a alegação da requerida de que a devolução do dinheiro mutuado importaria enriquecimento sem causa e ofensa ao princípio da moralidade pública.

O pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita foi acolhido, nos termos da decisão de fls. 72.

Contestação apresentada pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, alegando, em síntese, ilegitimidade ativa e prescrição, bem como requerendo a improcedência da presente ação rescisória.

Manifestação do autor (fls. 142/155).

O Nobre e Douto Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo deixou de apresentar manifestação (fls. 159/160).

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença, ora recorrida.

De plano, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa, suscitada pela parte requerida, uma vez que o contrato objeto da lide foi celebrado pelas partes litigantes.

Do mesmo modo, afasta-se a alegação de prescrição, também suscitada pela ré, pois não foi comprovada nos autos a efetiva data da entrada em funcionamento da expansão, impossibilitando apurar o início do prazo prescricional, conforme bem pontuado pelo D. Juiz *a quo* (fls. 63).

No mais, a presente ação rescisória imputa ao v. Acórdão impugnado a violação literal de disposição contida na Lei nº 3.384/77 (fls. 39/40) e na Lei nº 3.649/79 (fls. 41/42), ambas do Município de Ribeirão Preto.

A rescisão fundada na "violação literal de disposição de lei" não pode se constituir em uma terceira instância recursal, com escopo de corrigir a má aplicação do direito ou a injustiça da decisão. Nesse sentido:

> **"A rescisória não tem objeto de corrigir amplamente a má aplicação do direito, pois, no interesse público, a coisa julgada fala mais alto."**[1]

No caso em apreço, com o devido respeito, não houve violação literal de dispositivo de lei. O v. Acórdão embargado, interpretando as cláusulas do "Contrato de Empréstimo nº 91.488", entendeu que não houve mútuo, inclusive colacionando precedentes jurisprudenciais. *In verbis*:

> **"(...) O Contrato de Empréstimo nº 91.488 nada tem de mútuo. Basta lê-lo para constatar cuidar-se de compra e venda de linhas telefônicas, pelo que não podem os mutuantes obter a devolução do numerário sob pena de locupletamento ilícito por parte da Administração Pública.**
>
> **(...)**

1 Ernane Fidélis dos Santos, "Manual de Direito Processual Civil", volume 1, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 746.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, alguns julgamentos semelhantes ao caso do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

CONTRATO - Empréstimo para expansão dos serviços telefônicos - Município de Ribeirão Preto - Pagamento parcelado em doze meses - Pretendida restituição dos valores - Descabimento - Hipótese em que o contrato impropriamente denominado de mútuo corresponde à entrega de dinheiro para aquisição de terminal telefônico - Instalada a linha, o que não foi negado, exaurida está a obrigação da Municipalidade - Avença que não pode ser interpretada pelos princípios do direito público, porque típico contrato administrativo, a envolver a moralidade administrativa - O que o autor busca é receber de volta a quantia que empregou na expansão dos serviços, ficando com a linha telefônica de graça e os direitos, inclusive as ações - Ação de cobrança improcedente - Recursos oficial e voluntário providos. (PTAC - Ap 1.032.145-2, Sousa Oliveira, j. 12/03/2002).

CONTRATO - Mútuo - Avença firmada com a Prefeitura de Ribeirão preto com finalidade de aplicação de expansão telefônica - Pretensão do autor na restituição daquilo que pagou a Municipalidade fundada em cláusulas contratuais - Inviabilidade, pois o valor do empréstimo corresponde ao da instalação da linha telefônica, que, aliás, concretizou-se - Cobrança improcedente - Recurso provido. (PTAC - Ap. 854.962-2, Luis Carlos de Barros, j. 27/07/1999).

Assim sendo, deve-se julgar improcedente a ação.

(...)" (fls. 29/31)

Assim, com todas as vênias, não houve ofensa literal às disposições constantes da Lei nº 3.384/77 e da Lei nº 3.649/79, ambas do Município de Ribeirão Preto, pois o *decisium* alicerçou-se na interpretação do "Contrato de Empréstimo nº 91.488".

Tal interpretação do "Contrato de Empréstimo nº 91.488" foi referendada, por maioria, pela C. Turma Julgadora dos embargos infringentes opostos pelo autor. *In verbis*:

"(...) Pelo fato de haver, nesse contrato, cláusula estabelecendo que esta arrecadação de valores configuraria mútuo com obrigação de restituição posterior, o autor se entende credor da Municipalidade.

Não é, contudo, a situação que se espelha nos objetos do contrato.

Ainda que impropriamente denominado mútuo, a arrecadação desses valores se reveste da natureza de pagamento, e o direito do contribuinte exauriu-se com a instalação do terminal telefônico.

Os mutuários são titulares do direito de uso da linha.

É certo que os recursos foram tomados sob a forma de empréstimo,

Acesso ao Sumário

mas o próprio contrato tem cláusulas que descaracterizam tal modalidade.

Obter de volta os valores pagos e permanecer na posse da linha implica sem dúvida, em locupletamento ilícito, vedado pelo direito vigente.

Não há sentido em interpretar contrato de índole eminentemente onerosa como se gratuito fosse.

A característica de empréstimo dada por uma das cláusulas, visivelmente, é mera estratégia para a hipótese de não restar ultimado o objetivo do contrato." (fls. 27) (os grifos não constam do original)

Marcus Vinicius Rios Gonçalves destaca que "**Não se admite a rescisão por injustiça da sentença ou por inadequado exame das provas. É indispensável que haja afronta direta e induvidosa à lei (ou a princípio geral do direito)**"[2].

É certo que no caso em tela não houve afronta direta e induvidosa às leis municipais acima especificadas. Na verdade, com o devido respeito, o inconformismo do autor recai sobre a interpretação outorgada ao "Contrato de Empréstimo nº 91.488" pelo v. Acórdão embargado.

Humberto Theodoro Júnior, consignando precedentes dos Tribunais Superiores (STJ, 1ª Seção, AR 433/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 31.10.1995, DJU 11.12.1995, p. 43.164; STJ, 2ª T., REsp. 142.991/PR, Rel. p/ ac. Min. Franciulli Netto, ac. 21.06.2011, DJU 20.08.2001, p. 425), registra que **"A rescisão, na espécie, fica restrita à tese de direito aplicável à causa. Escapam de seu alcance questões fáticas como a da interpretação do contrato"**[3]. (o grifo não consta do original).

Ainda mais, vale registrar que ***"Não cabe ação rescisória para melhor exame da prova dos autos"*** (STJ - 1ª Seção - AR 3.731-AgRg Rel. - Min. Teori Zavascki - J: 23.05.2007, DJU 04.06.2007).

Deve ser destacado, também, que "**Não é caso de rescisória se o juiz erra a apreciação da prova, ainda que de forma grosseira, esgrimindo como fundamento fato que se deu e não estaca provado, ou que não se deu e estava demonstrado. Trata-se, aí, de decisão meramente injusta. Intui-se que outra seria a sentença se o fato tido equivocamente como existente, ou inexistente, não permitiu conclusão diversa, a que levariam as provas dos autos. Nas palavras precisas de Bueno Vidigal, não se cogita de 'errônea interpretação dada pelo Juiz a fato cuja existência não negou.'** ('Comentários ao CPC', vol.

Acesso ao Sumário

2 Marcus Vinicius Rios Gonçalves, "Direito Processual Civil Esquematizado", 2ª edição, 2012, São Paulo, Saraiva, p. 454.

3 Humberto Theodoro Júnior, "Curso de Direito Processual Civil", 51ª edição, 2010, Rio de Janeiro, Forense, p. 716.

VI, pág. 152)"[4].

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, julga-se improcedente a presente ação rescisória, extinguindo-se o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condena-se o autor a arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00 (CPC, art. 20, § 4º), respeitando-se os termos da Lei nº 1.060/50.

Acesso ao Sumário

4 Coqueijo Costa, Ação Rescisória, 5ª edição, Editora LTR, São Paulo, 1987, pág. 82.

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028320-41.2014.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ, é agravada ASSOCIAÇÃO CULTURA INGLESA – SÃO PAULO.

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 24.495)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: HONORÁRIOS PERICIAIS – Análise de documentos para reconhecimento de imunidade – ISS – Cabimento, no caso, da redução dos honorários fixados, para torná-los compatíveis com o grau de complexidade do exame e com o valor da causa – Agravo provido.

VOTO

Vistos.

É agravo da decisão copiada a fls. 338 destes, proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcelo Franzin Paulo, que, nos autos de ação declaratória relacionada a ISS, determinou à Municipalidade, ora agravante, o depósito dos honorários periciais definitivos fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), descontando-se os R$ 8.000,00 (oito mil reais) outrora depositados pelo agravante a título de honorários provisórios.

Busca a recorrente a reforma do *decisum* sob os seguintes argumentos, em resumo: no presente caso, os honorários definitivos foram arbitrados em R$

Acesso ao Sumário

20.000,00, valor excessivamente elevado, tendo-se em consideração o princípio da razoabilidade que deve orientar a fixação dos honorários periciais; além disso, respeitada a capacitação técnica do perito, o valor fixado para aludido trabalho destoa do valor fixado em outros trabalhos da mesma complexidade, no qual não há grandes esforços para a realização; acresce que outros fatores devem ser tomados por base na afixação dos honorários periciais, tais como a razoabilidade, o grau de zelo e o bom senso do profissional que executa a tarefa.

Regularmente processado e respondido, com atribuição de efeito suspensivo.

É o relatório.

Assiste-se de razão a agravante.

As circunstâncias recomendam o acatamento da irresignação da recorrente, com a consequente redução dos honorários periciais definitivos de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 12.000,00 (doze mil reais), quantia essa que se apresenta suficiente para remunerar condignamente o *expert* pelos trabalhos prestados.

Acerca desse tema, THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, LUIS GUILHERME A. BONDIOLI e JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, na nota 3a ao artigo 33 do CPC ("C.P.C.L.P.V.", 44ª ed., 2012, Editora Saraiva, pág. 162), apresentam a seguinte lição: "*'Na fixação dos honorários do perito, o juiz deve considerar o valor da causa, as condições financeiras das partes, a complexidade ou as dificuldades, bem como o tempo despendido para a realização do trabalho' (RT 826/302). V. tb. JTJ 298/455*".

No caso, tomando-se como correto, para argumentar, o dispêndio de algo em torno de 150 horas de trabalho, desde o início da perícia em Julho de 2012, até a entrega do laudo em Fevereiro de 2013 (e parece a perícia em questão versar, em sua grande parte, de comparação de dados, valores, alíquotas e documentos), isso corresponderia, de qualquer forma – mesmo considerando-se as diligências realizadas e descontando-se o tempo em que os autos permaneceram em cartório para juntada de documentos –, a uma carga diária de trabalho bem menor que a de uma jornada normal, à razão de 8 horas por dia.

Acesso ao Sumário

Sem que se pretenda depreciar a importância do trabalho realizado pelo perito nomeado, e ainda que se leve em conta as etapas do trabalho mencionadas pelo *expert* a fls. 124 (nas quais, aliás, se inserem atividades e despesas que não guardam relação com as atividades técnicas necessárias ao desempenho da função), mesmo assim revela-se um tanto exagerada a verba fixada em seu favor, a título de honorários definitivos.

De se registrar, ademais, que se trata de matéria frequentemente levada à apreciação do Judiciário, demandando a atuação reiterada de inúmeros peritos, fato que por si só já demonstra a familiaridade destes com o tema tratado nos

autos.

À vista dessas considerações, e à luz dos critérios acima apontados, as circunstâncias recomendam o acatamento da irresignação, com a consequente redução dos honorários periciais para R$ 12.000,00 (doze mil reais).

Na conformidade do exposto, então, e para os fins enunciados, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2038131-59.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que são agravantes FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ e CLÁUDIO ERNANI MARCONDES DE MIRANDA, é agravada MARIA INEZ DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 4043)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2014.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Mandado de segurança – Liminar – Portadora de moléstia grave – Pretensão a que impetrante seja submetida a cirurgia de reconstrução do trânsito intestinal e retirada de bolsa de colostomia – Presente a necessidade de se proteger o bem maior que é a vida, deve ser concedida a liminar pleiteada – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão copiada às fls. 45/46 que, em sede de mandado de segurança, concedeu medida liminar para determinar à autoridade apontada como coatora a proceder ao agendamento e à realização de cirurgia de reconstrução de trânsito intestinal e retirada de bolsa de colostomia à impetrante, no Hospital de Caridade São Vicente de Paulo, no prazo de vinte dias.

Acesso ao Sumário

Sustentam os agravantes, em síntese, que não há prova da necessidade ou indicação médica da cirurgia pleiteada. Alegam que o procedimento cirúrgico a ser realizado na impetrante não é padronizado pela Secretaria Municipal da Saúde, logo, deve ser executado pelo Estado, nos termos da Lei nº 8.080/90. Afirma, ainda, que o Município não pode ser compelido a despender gastos excessivos com apenas um paciente.

Negado o efeito suspensivo, o recurso não recebeu resposta, tendo a D. Procuradoria ofertado parecer no sentido de ser desprovido o presente recurso.

É o breve relatório.

De início, cumpre esclarecer que a autoridade apontada como coatora faz parte do sistema organizacional responsável pela área da saúde, e este é um dever da Administração em quaisquer de seus níveis de governo. E se o Município tiver que assumir alguma obrigação poderá efetuar a compensação de gastos com o Estado. O Município, por estar mais próximo ao indivíduo, é quem, em geral, executa serviços de saúde, mas o faz com a colaboração e recursos dos demais entes. Se a prestação de serviços deixa de ser feita ou não é prestada a contento, a responsabilidade passa a ser também da União e dos Estados, que não cumpriram com suas obrigações nos termos da Lei 8.080/90. A figura do Secretário de Saúde/Secretaria Pública da Saúde representa o ente público, mencionado nos arts. 196 e 198 da CF, e é a autoridade coatora, parte impetrada legítima para figurar no mandado de segurança.

Pode-se ver dos autos que a agravada sofre de moléstia grave (megacólon chagásico com complicações do volvo de sigmóide), necessitando de intervenção cirúrgica para reconstrução do trânsito intestinal e retirada da bolsa de colostomia, conforme comprovado pelo relatório médico de fls. 37.

O cidadão tem direito assegurado à saúde, sendo dever do Estado (*lato sensu*) patrociná-lo, conforme determinam o art. 126 da Constituição Federal[1] e o art. 219 da Constituição do Estado de São Paulo[2]. O bem maior a ser preservado, no caso dos autos, é a vida. E contra este não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa, ou reclamo que possa ser interposto. Nenhuma vida humana vale menos do que um orçamento, público ou privado, e, sendo dever do Poder Público garantir a vida do cidadão, tem ele o dever de fornecer integral atendimento ao cidadão.

Acesso ao Sumário

Anote-se que tanto o Egrégio Supremo Tribunal Federal quanto o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, firmaram entendimento segundo o qual todas as questões legais restam superadas ante a defesa da vida, o bem maior a ser tutelado, conforme se extrai dos seguintes arestos:

1 **CF – art. 196:** "*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

2 **CESP – art. 219:** "*A saúde é direito de todos e dever do Estado*".

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – 2.ª Turma – AI-AgR 648971/RS – Rel. Min. EROS GRAU – DJ 28.09.2007).

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE

Acesso ao Sumário

SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF – 2.ª Turma – RE-AgR 393175/RS – Rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ 02.02.2007).

Em sendo assim, presentes os requisitos legais, correta a r. decisão recorrida que deferiu a liminar pleiteada pela agravada.

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.

Ante tais ponderações, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2058260-85.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada JULIA ALBANI PRADO SUMARES.

ACORDAM, em 12ª 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 19062)**

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

Ementa: CONCURSO PÚBLICO. Mandado de segurança. Liminar. Candidata impedida de tomar posse no cargo de perito criminal, por não ter

preenchido o requisito de escolaridade. Edital que exige graduação em curso de bacharelado. Candidata graduada em curso de licenciatura, que permite, além da atuação profissional na área específica, lecionar, o que é vedado aos bacharelados. Exigência desarrazoada. Formação acadêmica mais ampla e compatível com a qualificação exigida para o cargo. Agravada formada em Ciências Biológicas, com habilitação legal para realizar perícias, emitir e assinar laudos técnicos. Lei nº 6684/1979. Cabimento da determinação de posse imediata da agravada, diante de evidências de que preenche os requisitos de escolaridade. Vedação legal de esgotar o objeto da ação a medida de urgência que não se aplica ao mandado de segurança. Restrição do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 8437/1992 não repetida pela lei de regência do mandado de segurança, de nº 12016/2009, que prevalece sobre aquela por ser especial e posterior. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão, proferida pelo eminente juiz, Doutor Domingos de Siqueira Frascino, que concedeu liminar em mandado de segurança para posse imediata da impetrante no cargo de perito criminal de 3ª classe – PC 1/2012, pois foi aprovada no concurso público respectivo na centésima colocação (fls. 53/54).

A agravante alega que a liminar esgota o objeto da lide, o que é vedado pelos artigos 273, § 2º, do Código de Processo Civil e 1º, § 3º, da Lei nº 8437/1992; que a agravada tem graduação de licenciatura em Ciências Biológicas, enquanto o edital exige bacharelado; mesmo sem o título exigido pelo edital, a agravada será empossada, a evidenciar risco de lesão grave e de difícil reparação se a decisão for mantida.

Pediu efeito suspensivo, que não foi concedido.

Recurso respondido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça optou por não se pronunciar.

É o relatório.

A agravada foi aprovada em concurso público e nomeada para o cargo de perito criminal, mas foi impedida de tomar posse por não ostentar a condição de escolaridade exigida pelo edital, ou seja, graduação em curso de bacharelado, por ser graduada em curso de licenciatura em Ciências Biológicas e Mestre em

Biociência e Biotecnologia aplicadas à Farmácia (fls. 33/34).

A distinção diz respeito à formação acadêmica. A licenciatura permite, além da atuação profissional na área específica, lecionar, por também contemplar formação pedagógica, o que não ocorre com o curso de bacharelado.

Destarte, a formação acadêmica mais ampla é compatível com a qualificação exigida para o cargo.

Com efeito, pela Lei nº 6684/1979, que regulamenta a profissão de biólogo, o exercício da profissão é privativo dos portadores de diploma de bacharel ou licenciado em Ciências Biológicas, caso da agravada, ou licenciado em Ciências, com habilitação em Biologia, também estabelecendo que o biólogo tem competência para realizar perícias, emitir e assinar laudos técnicos e pareceres:

Art. 1º *O exercício da profissão de Biólogo é privativo dos portadores de diploma:*

I *– devidamente registrado, de bacharel ou licenciado em curso de História Natural, ou de Ciências Biológicas, em todos as suas especialidades ou de licenciado em Ciências, com habilitação em Biologia, expedido por instituição brasileira oficialmente reconhecida;*

Art. 2º *Sem prejuízo do exercício das mesmas atividades por outros profissionais igualmente habilitados na forma da legislação específica, o Biólogo poderá:*

(...)

III *– realizar perícias e emitir e assinar laudos técnicos e pareceres de acordo com o currículo efetivamente realizado.*

Portanto, uma vez que a agravada satisfaz à qualificação exigida pelo edital para o exercício do cargo e foi aprovada no concurso, não tem cabimento impedi-la de tomar posse.

Por fim, não se aplica ao mandado de segurança a vedação do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 8437/1992 porque não repetida pela lei de regência, de nº 12016/2009, que prevalece sobre aquela por ser especial e posterior.

Ante o exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0122010-95.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NUNES OLIVEIRA MÁQUINAS E FERRAMENTAS 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21722)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), LEONEL COSTA e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 26 de março de 2014.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR – LICITAÇÃO – PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. Agravante que foi punida em procedimento administrativo por não entregar, no prazo assinalado, produto contratado através de pregão eletrônico – Impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública por 6 (seis) meses – Ausência dos requisitos que autorizam a concessão de liminar – Decisão judicial mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos;

NUNES OLIVEIRA MÁQUINAS E FERRAMENTAS LTDA. interpôs agravo de instrumento, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra a r. decisão de fls. 37/38, em que o D. Magistrado indeferiu a antecipação de tutela pretendida.

Inconformada busca a reforma da r. decisão.

Sustenta que nulo o procedimento administrativo que culminou no impedimento de contratar e licitar com a Administração pelo prazo de 6 (seis) meses, posto que no ato de instauração não havia a previsão desta punição. No mais, argui que a pena foi desproporcional, considerando que não houve culpa sua no atraso da entrega do produto contratado, além de não ter comprovado prejuízo público com esta falha.

Por fim, pugna pela concessão da liminar como forma de manter sua atividade, considerando que uma punição deste jaez pode impedir sua continuidade.

Por meio da decisão de fls. 348/349 a liminar foi indeferida. Informações a fls. 656 e contraminuta a fls. 743/750.

Recurso bem processado, vieram os autos conclusos para decisão.

É o relatório. Passo ao voto.

Acesso ao Sumário

I – O âmbito estrito do agravo de instrumento não comporta o conhecimento de outras questões deduzidas nos autos, senão somente aquela referente à r. decisão atacada, impedindo assim, até, a supressão de um grau de jurisdição, em face do princípio do duplo grau.

Deste modo, o mérito recursal restringe-se ao espaço de cognição respeitante à concessão da tutela.

Estas premissas introduzem os parâmetros que hão de dar suporte para que a decisão recorrida mereça subsistir. De fato, conforme constatamos, a agravante não trouxe quaisquer argumentos ou elementos aptos para mudar a conclusão expendida pelo D. Magistrado "*a quo*".

II – O que se depreende da análise do recurso é que a agravante, vencedora de licitação levada a cabo pela Secretaria de Administração Penitenciária, não forneceu no prazo estipulado o objeto do certame: Extrator centrífugo industrial 30 KG (fls. 404); Desta forma, foi dado início a procedimento administrativo que culminou na punição que aqui pretende ser suspensa liminarmente (fls. 490).

Pois bem, extrai-se da análise do recurso que a punição imposta à agravante foi mantida por duas instâncias administrativas (fls. 466/472 e 490), fato que reforça ainda mais a presunção de legalidade que paira sobre o ato.

Ademais, vê-se que o contrato entabulado não foi honrado, o que – *prima facie* – corrobora a punição adotada (suspensão de 6 meses para licitar). Incabível nesta fase processual analisar-se a viabilidade das escusas apresentadas pela recorrente, diante até mesmo da ausência de espaço para a formação do contraditório; O que se tem, contudo, é que elas não se mostram aparentemente aptas a livrá-la da punição, posto que aparentemente não tomou a cautela de consultar o fornecedor para atestar que o prazo contratual de 20 (vinte) dias (fls. 407) era suficiente, algo que o fornecedor não garantiu em nenhuma das comunicações, considerando que aparentemente só o consultou após assinar o contrato (fls. 435/440), ou seja, assumiu uma obrigação sem ter a certeza de que este exíguo prazo era suficiente para a confecção de um maquinário tão específico.

Por fim, forçosa a conclusão de que não tenha sido citado a respeito da penalidade de suspensão, tendo em vista que no documento de fls. 422 há advertência de que "*estará sujeita às penalidades previstas pelo artigo 7º da Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002*", que nada mais é que a possibilidade de suspensão "*pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais*."

Desta forma, não reinam motivos para que a liminar seja deferida. Somente com a correta instrução da ação é que se terá mais subsídios para decisão mais sólida. Até lá, prevalecerá a decisão administrativa, que possui sustentáculos mais sólidos do que aqueles apresentados pela recorrente.

Isso posto, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055914-64.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA E SILVA.

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 nº 13520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), CRISTINA COTROFE e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Policial Militar – Remoção de local de trabalho com fundamento no instituto da união do cônjuge – Liminar deferida 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 – Existência, no particular, da verossimilhança das alegações – Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a fl. 76 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA E SILVA contra ato do DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, deferiu o pedido liminar para determinar a transferência provisória do autor para a 3ª Companhia do 23º Batalhão de Polícia Militar, sediado na Comarca de Aparecida, no prazo de

Acesso ao Sumário

72 horas, sob pena de incidência de multa diária de R$ 100,00, sem limite de cômputo global.

Sustenta o agravante, em essência, que o alcance do artigo 130 da Constituição do Estado de São Paulo é de efeito contido, pois consta do próprio texto constitucional que o legislador poderá editar outras normas a respeito. Tanto é assim que, posteriormente, o legislador condicionou a remoção do servidor à inexistência de prejuízo ao serviço público, nos termos do artigo 235 do Estatuto do Funcionalismo Público. Neste sentido, afirma que não é permitida a avaliação por parte do Poder Judiciário, sob pena de infringência à separação das funções, da "transferência por união de cônjuge". Ademais, afirma que os policiais militares, em razão do artigo 138 da Constituição Estadual e do artigo 33 da Lei nº 10.123/68, devem ter o estatuto como norma subsidiária, sendo que inexiste outra norma que socorra a pretensão inaugural. Defende, outrossim, que o agravado deixou de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais, como a existência de vaga no local pretendido. Por fim, argumenta que não é permitida a concessão de tutela antecipada ou liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, consoante parágrafo 3º do artigo 1º da Lei nº 8.437/92, assim como o artigo 2-B da Lei nº 9.494/97 proíbe a execução provisória de sentença que tenha por objeto a reclassificação de servidor do Estado. Destarte, requer a concessão do efeito suspensivo a r. decisão agravada, com o posterior provimento do recurso (fls. 01/10).

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, vê-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. 7° da Lei n° 1.533/51).

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 presentes os requisitos legais para tanto, notadamente a verossimilhança das alegações.

Com efeito, o impetrante foi admitido nos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo em 10 de julho de 1991. Em 28 de janeiro de 1994 contraiu matrimônio com a Sra. Ana Maria Fátima Dias e Silva, também servidora pública estadual, efetivada no cargo de professora no ano de 2000, sendo removida para a cidade de Aparecida em 2006, atualmente lotada no cargo de Vice-Direção na E. E Américo Alves no Município de Aparecida.

Assim, analisando-se o aspecto temporal dos acontecimentos é possível aferir que não se trata de mero oportunismo de um recém-concursado, e sim as circunstâncias de um servidor que está nos quadros da polícia militar desde 1991, e que desde 2012 busca ser transferido para a cidade onde sua família se encontra.

Acesso ao Sumário

O artigo 130 da Carta Paulista dispõe que ao servidor será assegurado o direito de remoção, no lugar de residência do cônjuge, se este for servidor e houver vaga.

Em que pese o argumento da agravante que o agravado não fez prova da existência de vaga no local pretendido, verifica-se que este indicou os locais em que poderia ser lotado, sendo inaceitável supor que em nenhum deles há vagas para remanejamento (fls. 12).

Destarte, estando presente um dos requisitos para a concessão da liminar, de rigor a manutenção do seu deferimento, 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.

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 2069537-98.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MUNICÍPIO DE CAMPINAS, são agravados FELIPE ROBERTO VITA PEDROSA, MAYANA ANDRÉA RODRIGUEZ VALINHOS TOMAZ e PAULA STAUDACHER LEAL BONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 3478)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente) e FRANCISCO BIANCO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 6 de maio de 2014.
MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTO DE VALORES DA FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDOR SEM PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. Não se admite o desconto de valores da remuneração de servidor, sem que antes seja aberto procedimento administrativo onde se constate o erro da Administração e garanta o direito ao contraditório e ampla defesa. Liminar deferida. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Tratam os autos recurso de agravo de instrumento extraído de Mandado de Segurança (nº 4030198-47.2013.8.26.0114), interposto contra a r. decisão de fl. 151, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, que deferiu o pedido liminar consistente determinação de cessação de descontos em folha de pagamento.

A Fazenda Pública interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando, em síntese, que os descontos são legais e decorrentes de pagamentos equivocados.

O efeito suspensivo foi indeferido (fl. 186).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 190/202).

Não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Neste momento processual não há como analisar a questão de forma aprofundada, uma vez que se trata de juízo provisório, que não comporta exame exaustivo do mérito e ainda se encontra pendente de análise na primeira instância.

Em análise de cognição sumária, restaram demonstrados os pressupostos da Lei 12.016/10, consistentes na relevância dos fundamentos da impetração e impossibilidade da eficácia da ordem caso venha ser concedida.

Não se pode permitir a realização de descontos em folha de pagamento por eventual erro pretérito da Administração, sem que seja dada oportunidade, em processo administrativo, de defesa, até mesmo porque os valores foram recebidos, pelo menos *a priori*, de boa-fé.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça em

Acesso ao Sumário

casos semelhantes:

> APELAÇÃO – SERVIDORAS MUNICIPAIS – DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS – Autoras que pretendem impedir que a Administração realize descontos mensais em seus vencimentos a título de devolução de quantia ao erário municipal – Improcedência decretada em primeiro grau – Decisório que não merece subsistir – Valores recebidos de boa-fé – Erro da Administração, para o qual não deram causa as autoras – Impossibilidade de desconto em folha – Precedentes do E. STJ – Recurso provido. (Apelação nº 0049100-24.2010.8.26.0114, Campinas, Rel. Des. Rubens Rihl, 8ª Câmara de Direito Público, j. 05.02.2014).
>
> PENSÃO POR MORTE – Pensionista de ex-servidor público municipal que, em razão do recebimento de quantia excedente ao valor do benefício devido, foi instada à repetição correspondente, passando então a sofrer dedução mensal compulsória – Descontos que foram determinados sem a observância do devido processo legal no âmbito administrativo, em aberta afronta ao art. 5º, LV, da CF – Art. 649, IV, do CPC que, de outro lado, prevê a impenhorabilidade das pensões, devido ao seu caráter alimentar – Descontos em folha que, destarte, dependeriam da expressa concordância da beneficiária – De toda sorte, os valores pagos indevidamente decorreram de equívoco da Administração, para o qual não concorreu de qualquer modo a promovente – Boa fé desta que é presumida – Irrepetibilidade a ser pronunciada na presente demanda – Apelo provido para o fim de julgar procedente a ação. (Apelação nº 0002581-97.2012.8.26.0541, Santa Fé do Sul, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, 8ª Câmara de Direito Público, j. 16.10.2013).

Desta forma, a r. decisão não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062187-59.2013.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que são agravantes FÁBIO ORTIZ e ARILSON HENRIQUE LUGAO DE ARAÚJO, é agravada CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO – CBPM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 302)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ

GERMANO (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento em ação ordinária. Assistência judiciária gratuita. Após a edição da CF/88 (art. 5º, LXXIV) tem-se entendido que não basta a simples declaração de pobreza, de que trata o art. 4º da Lei 1.060/50, para obtenção do benefício, gerando tal declaração presunção *juris tantum* de que o declarante não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, admitindo prova em contrário. Dever de ofício do juiz, em coerência com referida norma constitucional e com sua obrigação legal fiscalizadora do correto recolhimento das custas, de verificar as reais condições econômicas do requerente para análise e decisão acerca do deferimento ou não do pleito. Ante a ausência de limite previsto em lei para a concessão do benefício, entende-se como razoável o parâmetro de 03 salários mínimos federais mensais, também utilizado pela Defensoria Pública para prestação de atendimento gratuito, sem prejuízo, obviamente, da verificação da situação concreta e o abrandamento do critério se constatado motivo excepcional relevante. Condição de pobreza não demonstrada. Decisão que indeferiu assistência judiciária mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de lavra do MM. Juiz **Dr. Jamil Chaim Alves** que indeferiu aos agravantes os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Sustentam os recorrentes que não possuem condições de pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, apresentando comprovantes de seus ganhos.

Foi deferido o efeito suspensivo ativo (fls. 46).

É o Relatório.

Acesso ao Sumário

A assistência judiciária gratuita é direito fundamental, previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal e na Lei 1.060/50, conferido *aos que comprovarem insuficiência de recursos*.

Após a edição da CF/88 tem-se entendido que não basta a simples declaração de pobreza, de que trata o art. 4º da Lei 1.060/50, para obtenção do benefício, gerando tal declaração presunção *juris tantum* de que o declarante não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, admitindo prova em contrário.

O acesso à justiça deve ser a todos assegurado, indistintamente, mas o direito de demandar sob os auspícios da assistência judiciária gratuita é reservado *aos que comprovarem insuficiência de recursos* (CF, art. 5º, LXXIV).

Tem o juiz, portanto, em coerência com referida norma constitucional e com sua obrigação legal fiscalizadora do correto recolhimento das custas, o dever de ofício de verificar as reais condições econômicas do requerente para análise e decisão acerca do deferimento ou não do pleito ao benefício.

Ante a ausência de limite previsto em lei para a concessão do benefício, entende-se como razoável o parâmetro de 03 salários mínimos federais mensais, também utilizado pela Defensoria Pública para prestação de atendimento gratuito (Deliberação CSDP nº 89, de 08/8/2008-consolidada, art. 2º, I, alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25/9/2009, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e Resolução nº 85, de 11/02/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União), sem prejuízo, obviamente, da verificação da situação concreta e o abrandamento do critério se constatado motivo excepcional relevante.

Na hipótese dos autos, os comprovantes de pagamento (fls. 18/19) evidenciam que os agravantes, policiais militares, recebem vencimentos mensais superiores a 03 salários mínimos federais, não demonstrada a alegada condição de pobreza a justificar a concessão do benefício pleiteado da assistência judiciária gratuita, corretamente indeferido.

Considera-se, ademais, o recolhimento mínimo da taxa judiciária frente ao baixo valor atribuído à causa.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. decisão agravada, revogando decisão anterior neste agravo de instrumento que concedeu efeito suspensivo (fls. 46), devendo os recorrentes arcar com o adiantamento das custas e despesas processuais do feito de origem, e com as custas deste agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0085110-16.2013.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é agravante ROMANO GIRIBALDI, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 31.928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação indireta – Decisão que não conheceu dos embargos de declaração opostos pelo autor-agravante por serem intempestivos – Art. 184, § 1º, II do CPC é taxativo ao dispor que o prazo será prorrogado na hipótese de o expediente encerrar antes da hora normal, nada dispondo sobre os casos de abertura postergada ou de não ter havido o integral funcionamento do serviço judiciário no dia – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de desapropriação indireta contra a decisão (fl. 107) que não conheceu dos embargos de declaração opostos pelo autor-agravante por serem intempestivos.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo (fl. 110). Resposta da agravada às fls. 121-124.

É o relatório do essencial.

O agravo não comporta provimento.

Trata-se de ação de desapropriação indireta julgada extinta com resolução de mérito ante o reconhecimento da ocorrência de prescrição.

A sentença foi disponibilizada em 04/02/2013 (fl. 99), sendo considerada publicada no primeiro dia útil seguinte, 05/02/2013.

Acesso ao Sumário

Nos termos do art. 536 do CPC, o prazo recursal para a interposição dos embargos de declaração iniciou-se em 06/02/2013 e venceu em 13/02/2013, em razão de não ter havido expediente forense nos dias 11 e 12 devido ao feriado nacional de carnaval (art. 184, § 1º do CPC).

Nota-se da petição dos embargos de declaração (fl. 104), que o recurso foi interposto em 14-02-13, intempestivamente, portanto.

Nem se acolhe a alegação do recorrente de que o prazo recursal não fluiu em 13/02/13 (quarta-feira de cinzas), em razão de o expediente forense ter se iniciado com 3 horas além do horário normal, pois o art. 184, § 1º, II do CPC é taxativo ao dispor que o prazo será prorrogado na hipótese de o expediente encerrar antes da hora normal, nada dispondo sobre os casos de abertura postergada ou de não ter havido o integral funcionamento do serviço judiciário no dia.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068029-20.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONSTRUTORA OHANA LTDA., é agravada FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO EDUCACIONAL – FDE.

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 11.182)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), CARLOS VIOLANTE e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – Demanda que objetiva desconstituição de penalidades por atraso na entrega da obra, consistentes em multa e suspensão ao direito de licitar e contratar com a Administração – Valor da causa – Inviável a aplicação do art. 259, V do Código de Processo Civil – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação de rito ordinário proposta pela agravante visando declaração de nulidade dos atos administrativos que ensejaram sua punição por atraso injustificado na entrega de obras (fls. 61), determinou que fosse atribuído à causa valor correspondente ao montante do contrato, R$ 820.770,59, em detrimento dos R$ 1.000,00 apostos na inicial.

Indeferido o efeito ativo pretendido (fls. 281), foi o recurso regularmente processado e contraminutado (fls. 295/301).

É o relatório.

Construtora Ohana Ltda. ajuizou ação de rito ordinário em face de Fundação para o Desenvolvimento Educacional – FDE, objetivando a nulidade dos atos administrativos que ensejaram sua punição por atraso injustificado na entrega de obras. Pretende a antecipação da tutela para "sustação dos efeitos da decisão que rescinde o contrato administrativo e aplica penalidades", bem como "remoção do quadro de sanções administrativas", e, alternativamente, requereu a indenização por eventuais prejuízos sofridos, inclusive perdas de oportunidade (fls. 61). Sustenta, em síntese, que afluiu ao certame de Tomada de Preços n.º 05/2255/07/02, sagrando-se vencedora para construção de cobertura de quadra, em estrutura mista, e reforma de prédios escolares, em quatro instituições de ensino fundamental. Que em razão de fatores externos, como chuvas e alteração do plano da obra durante a execução do contrato, houve atraso na entrega das obras. Por conta do descumprimento do prazo contratual estabelecido, foram instaurados três processos administrativos, P.A. 05/00432/10, P.A. 05/00134/10 e P.A. 05/00369/10 (fls. 32), que culminaram em aplicação de multa e suspensão ao direito de licitar e contratar com a Administração. Sustenta que a conduta imputada no processo administrativo, "atraso injustificado na execução da obra", dá ensejo às penalidades previstas no art. 86 da Lei n.º 8.666/1993, não sendo cabível a aplicação do art. 87 do mesmo diploma legal, que trata de "inexecução total ou parcial das obras". Atribuiu à causa o valor de R$ 1.000,00 (fls. 62).

Houve por bem o MM. Juiz *a quo* determinar o aditamento à inicial para retificação do valor atribuído à demanda, considerando a incidência do disposto no art. 259, V, do Código de Processo Civil, *in verbis*.

Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato.

Contra esta decisão insurge-se a agravante.

O recurso merece provimento.

Nos termos do artigo supratranscrito, o valor da causa deverá corresponder ao valor do contrato quando o objeto do litígio envolver a existência, validade,

Acesso ao Sumário

cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico.

No caso concreto, não obstante a demandante, ora agravante, ter se referido à "sustação dos efeitos da decisão que rescinde o contrato administrativo", verifica-se que o contrato foi executado e as obras foram entregues (fls. 90 e 219), havendo o aproveitamento da prestação contratual, mesmo com o descumprimento dos prazos previstos no art. 55, IV da Lei n.º 8.666/1993.

Assim, o objeto da ação é a declaração de nulidade das penalidades impostas por atraso na entrega de obra, quais sejam: aplicação de multa e suspensão ao direito de licitar e contratar com a Administração (fls. 156 e 246). E, alternativamente, em caso de não haver antecipação da tutela para sustação dos efeitos da decisão administrativa, pleiteia indenização por eventuais perdas e danos.

Com efeito, a declaração de nulidade das penalidades por atraso na entrega da obra, com pedido alternativo de indenização, não está atrelada ao valor do contrato em si. Necessário, então, considerar o proveito econômico decorrente da demanda para o deslinde da questão.

Nessa medida, levando em consideração que não é possível, de início, vislumbrar *quantum* indenizatório preciso, e que uma das especificações tem valor determinado de R$ 16.265,30 (fls. 298), entendo razoável a utilização deste montante, estimado para as penalidades de multa, para aferição do valor da causa, estabelecendo o mesmo valor como parâmetro para a parte ainda indefinida.

Destarte, necessária a reforma da decisão agravada, ao efeito de determinar seja atribuído à causa o valor de R$ 32.530,00, passível de posterior adequação ao apurado pela sentença, no que útil e pertinente, ou no procedimento de liquidação.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002789-27.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSUÉ DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª 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 15931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO CÍVEL - Ação Declaratória - Automóvel enferrujado vendido como sucata ao ferro velho - Cobrança de IPVA, licenciamento e seguro obrigatório - Falta de comunicação não se sobrepõe à extinção da hipótese de incidência - Indevida a cobrança do imposto quando da descaracterização do domínio - Art. 11, da Lei Estadual nº 6.606/89 - Automóvel que não existe mais - Não há propriedade - Ausência do fato gerador - Descabe verba honorária a ser paga pela Fazenda Estadual à Defensoria Pública do Estado - Súmula 421, do Superior Tribunal de Justiça - Sentença de procedência reformada em parte - Recurso parcialmente provido."

VOTO

AÇÃO DECLARATÓRIA ajuizada por **JOSUÉ DA SILVA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, sob o argumento de, em 2004, ter vendido automóvel de sua propriedade como sucata, a um ferro velho, vindo a receber, posteriormente, cobranças atinentes aos encargos inerentes à propriedade. Pretende, assim, a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária acerca da propriedade do bem, expedindo-se mandado ao DETRAN para a baixa do registro do veículo e obstando-se o lançamento de IPVA, taxas de licenciamento e seguro obrigatório.

A r. sentença de fls. 95/101 julgou procedentes os pedidos, declarando a inexistência da referida relação no que pertine ao automóvel, ficando o fisco impedido de efetuar as cobranças a partir do ano de 2004. Determinou, ainda, após o trânsito em julgado, a expedição de ofício ao DETRAN. Ficou a Fazenda Pública condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como da verba honorária em favor da Defensoria Pública, fixada no valor de R$ 2.000,00, com incidência de atualização monetária oficial a partir da data do julgado.

Apela a ré (fls. 115/131). Sustenta, em suma, a presunção de legalidade do

Acesso ao Sumário

ato; a legitimidade da exigência do IPVA; a obrigatoriedade da comunicação à Secretaria da Fazenda; a existência da propriedade do veículo; a solidariedade no pagamento do tributo; o descabimento e o excesso dos honorários advocatícios. Postula, destarte, a reforma da sentença para a improcedência da ação ou que não subsista a condenação da verba honorária.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls.136/147), objetivando a confirmação do *decisum.*

Vieram os autos conclusos para julgamento.

RELATEI.

Inicialmente, insta consignar que o fato gerador do IPVA é a propriedade de veículo automotor e, de fato, o apelado demonstrou ser o proprietário do automóvel em questão, ainda que através do CRLV do exercício de 1997 (fls. 25), documento este o qual indica que o carro fora fabricado no ano de 1974.

Nesse contexto, muito embora a Fazenda Pública recorrente tenha exarado várias teses em suas razões do recurso de apelação, o cerne da lide compreende na verificação da obrigação do recorrido arcar com o pagamento de valores decorrentes da propriedade de carro, que supostamente não existe mais por ter sido destruído pela ferrugem e vendido como sucata a ferro velho, no ano de 2004.

O exame do conjunto probatório acostado aos autos é hábil a indicar que três testemunhas (fls. 27/35), sendo duas delas vizinhas do apelado, confirmam os fatos por ele narrados na exordial.

E, realmente, considerando-se que o carro foi fabricado no ano de 1974, é plenamente razoável que, após o curso de 30 anos, no ano de 2004, estivesse enferrujado a ponto de ter que ser sucateado e levado ao ferro velho, pois não é habitual que a meia vida de um veículo ultrapasse este lapso temporal.

Ou seja, como bem salientado pelo Juízo *a quo*, a Fazenda Pública não foi capaz de infirmar a "*verossímil narrativa fática no sentido de que o bem não mais existe*" (fls. 99), não havendo "*como se ignorar a realidade trazida à apreciação no caso concreto, realidade esta que não se poderia desprezar em nome de um formalismo estéril e muitas vezes injusto*" (fls. 99).

Acesso ao Sumário

Ora, se os encargos cobrados são tributários e vinculados à propriedade do carro, não há que se exigir a comprovação da comunicação de alteração do veículo para tal, exigência esta meramente administrativa e burocrática, a qual não se relaciona, tampouco se mostra indispensável, no que diz respeito ao aspecto tributário, seja do próprio IPVA como das taxas de licenciamento e seguro obrigatório.

Isto é, eventual falta de comunicação em momento algum se sobrepõe à extinção da hipótese de incidência do imposto e demais encargos.

Conforme se efetivou no caso em tela, a legislação aplicável, mais precisamente o art. 11, da Lei Estadual nº 6.606/89, que se ocupa do IPVA, é clara no sentido de ser indevida a cobrança do imposto quando da descaracterização do domínio:

"*Artigo 11 - **O Poder Executivo dispensará o pagamento do imposto quando** ocorrer perda total do veículo por furto, roubo, sinistro ou outro motivo que **descaracterize seu domínio** ou sua posse, segundo normas fixadas em decreto*." (g.n.)

Logo, não se fundamenta atribuir esses ônus ao recorrido a partir do momento em que o automóvel não existe mais, elemento este que, por óbvio, implica na inexistência de propriedade e, consequentemente, no descabimento de cobranças que dependem do fato gerador para que sejam legítimas.

Não é diferente o entendimento da jurisprudência deste E. Tribunal Estadual, em julgados proferidos em casos semelhantes:

"*AÇÃO ANULATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO TRIBUTÁRIO - IPVA - Acidente que ocasionou a perda total de automóvel - Sinistro - Dispensa do pagamento do tributo nos moldes do artigo 11, da Lei Estadual nº 6.606/89 - Ausência do fato gerador - Precedentes - R. Sentença mantida. Recurso improvido*." (TJSP – Apel. nº 0040695-51.2011.8.26.0053 – Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi. Julg. 06/02/2013)

"*APELAÇÃO - IPVA - Pretensão à declaração de inexigibilidade de IPVA relativo ao período em que perdeu a propriedade do veículo - Alegação de furto - Sentença procedência - Inteligência do art. 11 da Lei nº 6.606/89 - Com o furto desapareceu a hipótese de incidência tributária - Falta de comunicação ao Fisco não pode se sobrepor ao perecimento da hipótese de incidência - IPVA devido proporcionalmente - Recurso desprovido*" (TJSP – Apel. n° 0000777-89.2010.8.26.0048 – Rel. Des. Sergio Gomes. Julg. 15/02/2012)

"*MANDADO DE SEGURANÇA - Débitos de IPVA - Perda total do veículo. Dispensa do pagamento nos termos do art. 11 da Lei Estadual n° 6.606/89 - Não comunicação do sinistro à repartição fiscal competente - Irrelevância - Precedentes - Ação julgada procedente - Sentença mantida - Recursos não providos*." (TJSP – Apel. n° 0044036-53.2012.8.26.0602 – Rel. Des. Leme de Campos. Julg. 16/12/2013)

Dessa maneira, foi bem lançada a sentença ao declarar a inexistência da relação, de natureza jurídico-tributária, entre o ora apelado e o Fisco apelante, haja vista ser absolutamente inadmissível a cobrança dos encargos, tal qual acima especificado.

Superado esse ponto, quanto à condenação da recorrente ao pagamento de verba honorária em favor da Defensoria Pública, tem-se que é pacífico tanto nesta Corte, quanto no Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento de que há a ocorrência do instituto da confusão, previsto no art. 381, do Código Civil e

Acesso ao Sumário

267, X, do Código de Processo Civil, quando a Fazenda do Estado é sucumbente em demanda patrocinada pela Defensoria Pública Estadual, sendo exatamente este o presente caso.

Malgrado não se negue seu elevado valor na consecução dos escopos do Estado Democrático de Direito, importante frisar que a Defensoria Pública é mero órgão estatal, sem personalidade jurídica. Nesse diapasão, embora haja um fundo orçamentário, com finalidade específica, a verdade é que a verba de sucumbência é destinada aos cofres estatais.

Nesse sentido:

"*AGRAVO INTERNO - Decisão monocrática - Insurgência contra a condenação em honorários advocatícios nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública - Inadmissibilidade - Existência de confusão entre credor e devedor - Precedentes do STJ - Decisão reformada em parte - Agravo acolhido tão somente para excluir a condenação em honorários advocatícios*." (TJSP – AgRg nº 0069233-87.2010.8.26.0114/50000. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. Julg. 05/12/2012)

"*AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DEFENSORIA PÚBLICA. Se o patrono constituído é defensor público, a verba de honorários não lhe pertence, porquanto litiga contra o ente federativo a que está vinculado. Entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 421. Aplicação da súmula apenas em favor do Estado. Negado provimento ao recurso*." (TJSP – AgRg nº 9063294-58.2009.8.26.0000/50000. Rel. Des. José Maria Câmara Junior. Julg. 07/11/2012)

É esse o teor de súmula do C. Superior Tribunal de Justiça (verbete 421): "*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*."

Portanto, a sentença de procedência há de ser reformada em parte, apenas para que fique afastada a condenação da Fazenda Pública ao pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública, permanecendo, no mais, incólume.

Ocorrendo isto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002761-69.2005.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA

MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL GRANVILLE.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso do autor e deram provimento ao da Municipalidade, v.u. Sustentou oralmente o Dr. Murillo Mattos Faria Netto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I – Interdito proibitório objetivando a proteção possessória para evitar a retirada de cancela instalada no local de acesso ao público, em via sem saída existente na Rua Odete Gomes Barreto, entre a Rua Dentista Barreto e o Córrego Rapadura. Pedido contraposto da Municipalidade pleiteando reintegração de posse e indenização dos danos causados pela ocupação irregular de bem público.

II – O imóvel objeto da lide pertence ao Poder Público, por força da Lei Municipal n. 4.371/53 e dos Decretos Municipais ns. 10.491/73 e 15.157/78. Segundo assertoou o perito judicial, a análise dominial tratada nos autos seria até mesmo desnecessária, pois nos próprios registros dos memoriais de incorporação (Granville e Granville I) foi mencionada a existência da via pública ocupada, nas descrições dos preâmbulos das duas matrículas. Outrossim, trata-se a área de um patrimônio ambiental composto por diversas espécies, cuja vegetação foi declarada imune a corte, com fundamento no artigo 7º da Lei Federal n. 4.771/65 (Código Florestal) c.c artigo 16 da Lei Municipal n. 10.365/87.

III – A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância. Precedentes do STJ. E mais. Existe, na hipótese, verdadeiro conflito entre interesse público – franquear à coletividade

Acesso ao Sumário

usufruir de área verde existente no local – e particular – fechamento de rua. E como é sabido, o interesse particular não pode se sobrepor ao público.

IV – Sentença que julgou improcedente o interdito proibitório e procedente o pedido contraposto. Preliminares rejeitadas, recurso do autor improvido e provido o da Municipalidade para fixar a indenização, com base no valor locativo do imóvel invadido, multiplicado pelo período em que perdurou o esbulho, a ser apurada em liquidação por arbitramento, por perito nomeado pelo Juízo 'a quo'."

VOTO

1. Interdito proibitório ajuizado pelo Condomínio Residencial Granville contra a Municipalidade de São Paulo, objetivando a proteção possessória para evitar a retirada de cancela instalada no local de acesso ao público, em via sem saída existente na Rua Odete Gomes Barreto, entre a Rua Dentista Barreto e o Córrego Rapadura. Justificou o fechamento dizendo que a rua fica situada na passagem de dois condomínios e serve somente aos moradores do empreendimento. A sentença de fls. 1606/1611, cujo relatório se adota, e sua declaração à fl. 1627, julgou improcedente a ação de interdito proibitório e procedente o pedido contraposto para o fim de reintegrar a Municipalidade de São Paulo na área descrita na inicial, determinando ao Condomínio a retirada dos portões, recompondo o bem público ao seu estado original. Condicionou a indenização à comprovação de perdas e danos a ser apurada em regular liquidação de sentença. Por fim, condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em 20% sobre o valor da causa atualizado desde o ajuizamento da ação até o efetivo pagamento.

Recorrem as partes. A Municipalidade requerendo a antecipação da tutela recursal para deferir a imediata reintegração de posse da área pública indevidamente ocupada pelo apelado. Além disso, requer a condenação do Condomínio ao pagamento de indenização independentemente da comprovação de dano, senão daquele decorrente da aplicação dos artigos 1232 e 1216 do Código Civil (fls. 1630/1638).

Por sua vez, o Condomínio Residencial Granville, em matéria preliminar, alega falta de interesse de agir, sob o fundamento de que a Municipalidade, por ter enviado à Câmara Municipal decreto de desafetação da área em litígio, demonstrou não haver interesse público embasando a ação de reintegração de posse e, além de nunca ter possuído o local, requisito necessário para ajuizar ação possessória. No mérito, postula inversão de êxito (fls. 1639/1645).

Somente a Municipalidade apresentou contrarrazões (fls. 1651/1662).

Remetidos os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, o parecer apresentado é pelo provimento do recurso do Município e improvimento da apelação do Condomínio.

2. A preliminar de falta de interesse de agir se confunde com o mérito e com ele passará a ser apreciada.

Da análise dos documentos acostados aos autos e das alegações deduzidas pelas partes, verifica-se que o imóvel objeto da lide pertence ao Poder Público. E mais. A sua ocupação deu-se sem autorização do ente público, o que é inadmissível.

A Rua Odete Gomes Barreto, por força da Lei Municipal n. 4.371/53 e dos Decretos Municipais ns. 10.491/73 e 15.157/78, a partir da Rua Dentista Barreto, foi incorporada ao patrimônio público (fl. 18).

Aliás, conforme pode se verificar, o condomínio é composto por dois registros de incorporação feitos em matrículas distintas, o 'Residencial Granville' e 'Residencial Granville I' (fls. 41/52 e 78/103). As duas incorporações aprovadas não previam o acesso pela Rua Odete Gomes Barreto. Pelo contrário, nos projetos havia a separação física das áreas condominiais pelo leito da via pública esbulhada e as áreas internas dos condomínios seriam acessadas pela Rua Dentista Barreto.

Corrobora esse entendimento o laudo elaborado pelo perito judicial, no bojo do qual o *expert* evidenciou que "A análise dominial tratada neste capítulo seria até mesmo desnecessária, pois nos próprios registros dos memoriais de incorporação (Granville e Granville I), **já foi mencionada a existência de tal Rua Odete Gomes Barreto**, nas descrições dos preâmbulos das duas matrículas" (fl. 1199).

Assim, não há dúvida de que o imóvel – objeto desta possessória – é de domínio público. Enquanto não formalizada a desafetação, permanece inalterável o regime jurídico diferenciado que possui o bem público, com vistas à necessidade coletiva, não comportando alienação.

3. Já o fato de a detenção da área em debate ter sido tolerada pelo Poder Público não gera qualquer direito ao seu ocupante. Levando-se em conta a natureza pública do bem, tem-se que inadmissível a posse por particular, podendo, por conseguinte, o Poder Público postular a qualquer tempo a reintegração da área. E mais. Existe, na hipótese, verdadeiro conflito entre interesse público – franquear à coletividade usufruir de área verde existente no local – e particular – fechamento de rua. E como é sabido, o interesse particular não pode se sobrepor ao público.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema:

"*A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que*

Acesso ao Sumário

se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil). Precedentes do STJ." (Resp 489732/DF, Min. Barros Monteiro, DJ 13.06.2005). No mesmo sentido: REsp nº 146.367-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14/12/04, DJU 14/03/05; REsp nº 341.395-DF, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18/06/02, DJU 09/09/02).

4. No que diz respeito aos requisitos da Lei Municipal n. 13.209/2001, seu texto é estreme de dúvidas ao admitir o fechamento de acessos a vilas e ruas sem saída somente com relação a vias que não sirvam de passagem para outros locais, especialmente áreas verdes de uso público ou áreas institucionais (parágrafo único do artigo 3º). Ademais, o fechamento, se efetuado, não poderia impedir a passagem e o acesso de pedestre (artigo 4º).

Essas exceções evidenciam no imóvel em disputa. A vegetação da área da rua que divide os condomínios foi declarada imune a corte, com fundamento no artigo 7º da Lei Federal n. 4.771/65 (Código Florestal) c.c. artigo 16 da Lei Municipal n. 10.365/87 (fls. 19/20).

O trecho da via pública fechada pelo condomínio inicia-se no leito do Córrego Rapadura, outro bem público de uso comum, e o acesso ao local, onde existe uma área verde, deve ser franqueado ao público e não somente aos moradores dos conjuntos residenciais. Os condomínios deveriam estar separados pela via pública esbulhada, com as entradas pela Rua Dentista Barreto, como nos projetos de incorporação apresentados às autoridades municipais e levados a registro.

Outrossim, recorrendo mais uma vez ao laudo pericial, trata-se a área de um patrimônio ambiental composto por diversas espécies, cuja vegetação é imune a corte, abrangendo o leito da Rua Odete Gomes Barreto e outras extensões da área comum, e possui eucaliptos com diâmetros superiores a um metro (fl. 1215).

5. Por fim, anota-se ainda a existência da ação civil pública ambiental n. 053.08.609297-1, em trâmite perante a 5ª Vara da Fazenda Pública, por meio da qual o Ministério Público pleiteia a demolição das construções irregulares efetuadas pela construtora e incorporadora "Waled Incorporações Ltda.", com a recomposição da vegetação suprimida, por ter a incorporadora/construtora ré, segundo a inicial ministerial, agido com absoluta má-fé não só ao incorporar a área pública objeto desta ação, como também ao executar os projetos em desacordo com os aprovados pela Municipalidade e se apropriar de área de preservação permanente (margem do rio) para construir parte da área de lazer do condomínio (fls. 1510/1512).

Dessarte, nega-se provimento ao recurso do Condomínio Residencial Granville.

Acesso ao Sumário

6. Já o apelo da Municipalidade deve prevalecer. Havendo certeza de que se cuida de esbulho possessório, assiste ao Poder Público Municipal o direito de reivindicar a área em questão, com a indenização correspondente ao dano ao patrimônio público, configurado pela ocupação irregular, devendo o possuidor de má-fé compor o montante derivado de seu enriquecimento ilícito por usar o bem público sem o devido pagamento, observada a regra dos artigos 1232 e 1216, do Código Civil. Sendo assim, adequado fixar a indenização, com base no valor locativo do imóvel invadido, multiplicado pelo período em que perdurou o esbulho, a ser apurada em liquidação por arbitramento, por perito nomeado pelo Juízo '*a quo*'.

7. Com base em tais fundamentos, **rejeitam-se as preliminares, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento ao apelo da Municipalidade.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028878-05.2002.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MANOELITO ARAGÃO SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – HCFMUSP e GILBERTO JORGE CURI.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Fábio Luís Sá Oliveira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e RICARDO DIP.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Autor submetido à internação involuntária junto ao Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo – Elementos de prova coligidos aos autos que não permitem concluir pela existência de ato ilícito perpetrado pelos réus – Autor que estava acometido de quadro delirante e paranoico, a justificar a sua internação,

Acesso ao Sumário

até mesmo como forma de proteção à sua integridade física – Autor que não se desincumbiu de comprovar os fatos constitutivos de seu direito – Sentença de improcedência confirmada.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Manoelito Aragão Soares contra Gilberto Jorge Curi e o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP, alegando que é médico aposentado e que foi internado à força pelo médico réu, Dr. Gilberto, no setor psiquiátrico do réu Hospital das Clínicas, como se fosse um demente perigoso, sem que houvesse justificativa para tanto, em nítida violação ao Código de Ética Médica.

Sustenta que no dia 15 de julho de 1998, quando estava em seu apartamento, então emprestado a um filho, recebeu a visita inesperada do réu Dr. Gilberto. Este, sem identificar-se como médico, dizendo-se apenas amigo da família, desenvolveu conversa com o autor, que logo notou que o réu buscava realizar, disfarçadamente, um interrogatório. A certa altura, o réu indagou o autor a propósito de desconfianças que este nutriria a propósito da adulterinidade de um de seus filhos. Nesse ponto, o autor identificou que o visitante veio a mando de sua esposa, de quem à época pretendia se separar. A conversa foi encerrada em seguida. No dia seguinte (16/07/1998) afirma que ingressaram em sua residência dois enfermeiros corpulentos e, sob ordens do réu Gilberto, imobilizaram-no, advertindo-o de que não adiantaria resistir. Assim, foi colocado em automóvel particular que o aguardava, com terceira pessoa na garagem, e conduzido para o réu Hospital das Clínicas, onde foi internado contra sua vontade. Logo que chegou ao local, antes que os enfermeiros percebessem, logrou efetuar ligação de seu telefone celular para um irmão que reside em Fortaleza, buscando socorro, mas imediatamente após o celular lhe foi tomado. Sua família, preocupada, diligenciou à sua procura e depois de longa busca lograram localizá-lo. Somente foi liberado após vários dias, com a interferência de seu advogado. A internação forçada durou dez dias, e durante esse período desapareceram o aparelho de telefone celular, dinheiro em espécie e outros objetos variados de sua propriedade. Com seus cartões de crédito e bancário foram efetuados saques à sua revelia. Ao final, o autor ainda foi obrigado a pagar pelas despesas cobradas pelo médico réu. A responsabilidade do hospital deriva do fato de ter aceitado a internação sem atentar para a circunstância de que se tratava de pessoa sã e que a internação se fazia contra a sua vontade e ao arrepio das normas médicas. Por sua vez, a responsabilidade do réu Gilberto está amparada na conduta que possibilitou uma internação violenta e absurda, completamente oposta aos

Acesso ao Sumário

parâmetros da ciência médica, cerceando indevidamente o direito à liberdade e autodeterminação. Requer, em razão dos constrangimentos experimentados, a condenação dos réus, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais de até 1.000 salários mínimos.

A r. sentença de fls. 649/655 julgou improcedente o pedido, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil e, por força do princípio da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa para cada réu, com as ressalvas do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a fls. 660/691. Preliminarmente, reiterou o conhecimento do agravo retido interposto a fls. 534/536, com o reconhecimento do cerceamento de defesa em razão do indeferimento do depoimento pessoal dos réus. No mérito, pugna pela reforma do julgado, deduzindo, em síntese, que a perícia não serviu para se buscar a justa solução da lide – a utilidade da prova pericial é de duvidosa validade em razão do transcurso do tempo – a internação se deu em julho de 1998 e a perícia foi realizada apenas em maio de 2006. A sua capacidade deve ser presumida, dada a inconsistência das justificativas dadas para a internação involuntária e sua manutenção por vários dias – tanto é que, após alta médica, não puderam os médicos estabelecer um diagnóstico preciso, o que, inclusive, embasou a condenação do réu Gilberto pelo Conselho Federal de Medicina. A r. sentença não considerou a necessidade de se respeitar a autonomia da vontade dos pacientes. Aduz violação às normas de direito internacional, às garantias constitucionais, do Código Civil e do Estatuto do Idoso.

Contrarrazões a fls. 708/719 e 720/740.

É o relatório.

Primeiramente passo à análise do agravo retido interposto a fls. 534/536, ao qual nego provimento. O indeferimento do pedido de depoimento pessoal dos réus, formulado pelo patrono do autor em sede de audiência de instrução e julgamento, não violou de maneira alguma os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

De acordo com o art. 343 do Código de Processo Civil, compete à parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento, o que não se confunde com o interrogatório (art. 342), que é facultado ao juiz caso entenda necessário o esclarecimento sobre algum fato.

Desta feita, no momento da audiência de instrução, debates e julgamento, diversas testemunhas arroladas pelo próprio autor já haviam sido ouvidas, sem que se tenha colhido depoimento tanto do autor como solicitado pelos réus, bem como os destes. Deveria o autor ter se insurgido em momento oportuno, mas,

Acesso ao Sumário

quedando-se inerte, restou configurada a preclusão. Incabível, nessa hipótese, a inversão da ordem processual.

Não fosse suficiente, não restou demonstrado qualquer prejuízo decorrente do indeferimento do pedido de depoimento pessoal, especialmente porque as versões dos fatos apresentadas pelos réus estão detalhadamente descritas em suas defesas. Logo, o depoimento pessoal, além de causar inversão tumultuária na ordem processual, não se afigurava como meio de prova útil e pertinente ao deslinde da controvérsia. Aliás, importante ressaltar que, quanto ao Hospital das Clínicas, os médicos que atenderam o autor no Instituto de Psiquiatria foram ouvidos na qualidade de testemunhas.

No mérito, a r. sentença recorrida merece confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nada obstante o inconformismo sustentado pelo autor, os elementos existentes nos autos permitem concluir pela inexistência de conduta ilícita – *ato doloso ou culposo perpetrado pelos réus* – visto que a decisão pela internação não foi despropositada, maliciosa, abusiva ou criminosa, hipóteses estas que ensejariam indenização.

Não merece guarida a tese que objetiva desqualificar a prova pericial médica produzida nos autos. Na realidade, a alegada "invalidade da prova pericial", em virtude de a internação ter se dado em julho de 1998 e a perícia ter sido realizada apenas em maio de 2006, não passa de mera ilação, ou seja, de argumento desprovido de qualquer razoabilidade, utilizado unicamente porque o resultado do exame não lhe foi favorável.

Isso porque o objetivo da perícia foi devidamente atendido, qual seja, o de verificar se as condutas dos réus e seus prepostos foram perpetradas ou não ao arrepio da lei. Para tanto, o ilustre *expert*, Dr. Marcelo Fernandes, se valeu da análise de informações dos familiares, bem como do prontuário médico à época da internação (fls. 96/110). Não se tratou, como quer fazer valer o autor, de aferição direta de seu estado psíquico, razão pela qual o transcurso temporal não tornou inválida a referida prova técnica.

Nesse contexto, conclui o perito que "o quadro clínico do paciente, somado às informações dos familiares levava à hipótese diagnóstica de transtorno delirante e, portanto **abria-se a possibilidade para que a internação compulsória fosse umas das condutas seguidas**" (g.n. – fls. 267).

Ainda de acordo com o laudo, o transtorno delirante é uma doença cujo principal sintoma é a presença de um delírio sistematizado, não bizarro e muitas vezes lógico. Além disso podem estar presentes alucinações, irritabilidade e sintomas depressivos. Na vigência de um surto o paciente pode apresentar-se bastante tomado pela vivência delirante, comprometendo sobremaneira sua

crítica e passando a contaminar seu funcionamento pela ideia delirante. Ressalte-se que a maioria dos indivíduos com transtorno delirante não tem crítica sobre seu estado, portanto tendem inicialmente a não colaborar com o tratamento, sendo esta resistência o principal obstáculo, o que justifica, em alguns casos, a internação hospitalar.

E essa conclusão pericial está em consonância com a prova oral.

O filho do autor, Ricardo Melo Soares, que na época figurou como responsável na internação junto ao Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas (*vide Termo de Responsabilidade de fls. 147*), afirmou: "***realmente o meu pai estava tendo atitudes que não condiziam com ele***", "***(...) ele tinha comportamentos não condizentes, nos meus 38 anos de vida, eu nunca vi ele daquele jeito. Ele fazia coisas que não eram normais, perturbava a mãe de madrugada, falava coisas inoportunas, coisas que não condiziam com a atitude dele como um grande médico. Por isso que eu fui chamado pelo Curi, fui para São Paulo e se desenrolou tudo que eu lhe disse***" (fls. 383).

Ou seja, diante de tal quadro, os familiares buscaram ajuda médica. Como o autor resistia à consulta psiquiátrica, sua ex-mulher e seu filho chamaram um médico psiquiatra, o réu Gilberto Jorge Curi, para que fosse até sua residência e pudesse, dessa forma, avaliá-lo.

Durante a avaliação domiciliar, realizada no dia 15 de julho de 1998, o réu Gilberto concluiu pela existência de fortes indícios de quadro de paranóia de etiologia a esclarecer, recomendando, para tanto, a internação, com o objetivo de resguardar a integridade do paciente e dos familiares.

Sua atuação se limitou à recomendação de internação, pois não possui qualquer vínculo com o Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas.

E como bem detalhou a r. sentença, "ainda que o requerido Gilberto tenha sido punido com advertência reservada pelo seu conselho de classe, esta pena foi somente em razão do fato dele não ter avisado o paciente sobre o seu quadro e a sua conduta (de médico). Em nenhum momento, tanto nesta ação, quanto no processo administrativo, o grande conluio entre familiares do autor e o médico Gilberto (que se utilizou do hospital) ficou provado".

Verifica-se que, após a recomendação feita pelo réu Gilberto, os familiares do autor é que tomaram as medidas necessárias para que essa internação fosse efetivada.

A hipótese diagnóstica formulada pelo réu Gilberto foi ratificada pelos médicos do Instituto de Psiquiatria, Dr. Alberto Stoppe Júnior e Dr. Montezuma Pimenta Ferreira. Após procederem à avaliação do autor e constatarem que se encontrava em estado delirante, também concluíram que a internação era medida necessária para proteger o paciente e para que fosse feita uma investigação mais detalhada.

Acesso ao Sumário

De acordo com o Dr. Alberto Stoppe Júnior, que era o médico coordenador da ala de psicogeriatria do Instituto de Psiquiatria, "*o paciente foi trazido pela família, a qual contratou uma ambulância para remoção ao Hospital, sendo que neste local o paciente foi avaliado por outros médicos psiquiatras, já que se tratava de internação involuntária; que a família é quem se responsabilizou pela internação; que chegou a avaliar o paciente Manoelito, o qual* ***apresentava um quadro de delírios de perseguição e de grandeza;*** *que o* ***motivo maior da internação é que o paciente tinha problemas cardíacos, e como delirava acreditando que iria se curar sozinho, o mesmo não tomava a medicação conforme determinação médica; que o paciente também foi avaliado pelo doutor Edson Hirata (diretor clínico) e pelo doutor Montezuma Ferreira; que todos os quatro médicos que avaliaram o autor eram psiquiatras; (...) que no quadro em que chegou no Hospital não tinha condições psíquicas de autodeterminação; (...), que se houve a internação, por certo que o corpo médico concordou com o diagnóstico inicial do doutor Gilberto Curi***".

Em complemento, extrai-se do depoimento do Dr. Montezuma Pimenta Ferreira que o autor "***apresentava ideias de perseguição e de grandeza e por isto ficou internado por alguns dias. Os familiares diziam que ele se sentia perseguido pela própria família; (...) o autor naquela data estava em estado psicótico, o que quer dizer um conjunto de sintomas, alterações comportamentais que se mantêm por determinado tempo***" (fls. 614).

Por outro lado, as testemunhas arroladas pelo autor (*irmão, cunhado, vizinha, dentre outros*) não estavam presentes no momento em que o autor estava acometido do transtorno delirante e psicótico, foi atendido pelos médicos e, na sequência, internado no Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas. Dessa forma, em nada podem contribuir sobre a higidez mental do autor naquele momento específico e, de conseguinte, se a internação ocorreu de forma arbitrária (*uma vez que, de acordo com o relato da testemunha Montezuma, estas são alterações comportamentais que se mantêm por determinado tempo*).

Não se mostra crível, tampouco razoável, que os próprios familiares, o réu Gilberto e os outros quatro médicos que examinaram e autorizaram a internação estejam equivocados a respeito do perturbado estado mental do autor.

E comungo do entendimento do juízo sentenciante no sentido de que "se houve conluio, maldade e prejuízos materiais (saques indevidos da conta bancária do autor), contra o autor, deve ele se dirigir contra a sua família, a qual entende ser o berço de todos os seus problemas e dissabores". Afinal de contas, foi a família do autor que levou a efeito a sua internação e todos os dissabores por ele experimentados. Aos médicos coube apenas aferir o seu abalado estado mental, e, no exercício regular de direito, tendo em vista a proteção da integridade física do paciente, determinar a sua internação.

Acesso ao Sumário

Como dito e redito, em nenhum momento restou comprovada que a decisão de internação foi temerária.

Em suma, o autor deveria demonstrar a existência do ato ilícito e, consequentemente, os danos causados à esfera moral e material, ônus do qual não se desincumbiu, de acordo com as provas dos autos já analisadas, razão pela qual a improcedência do pedido era mesmo a medida mais acertada.

Com efeito, no processo, como se sabe, a vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes, se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende, são verdadeiros, claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1985, v. 2, p. 193).

A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova. Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as conseqüências e prejuízos da sua falta e omissão (Elementos de Derecho Procesal Civil, 1940, p. 205; *apud* José Frederico Marques, ob. cit. p. 193).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030949-33.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO – COMGÁS, é apelada CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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. Sustentou oralmente a Dra. Marcela Cristina Arruda.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-11.568/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MULTA AMBIENTAL. São Paulo.

Vazamento de gás. Processo administrativo. Nulidade. Nexo de causalidade. Valoração da multa. – 1. Processo administrativo. O recurso administrativo foi recebido e analisado pelos funcionários da CETESB. O processo administrativo não segue o rigorismo que norteia o processo judicial. Cabe ao juiz analisar se foram observadas as garantias mínimas do contraditório, ampla defesa e fundamentação de acordo com os elementos apresentados. No caso, estão presentes as formalidades mínimas, não havendo motivo para anulação do processo administrativo. Ademais, a autora, ao recorrer ao judiciário, tem a possibilidade de apresentar suas razões nesta via, com mais amplitude como fez. Não há nulidade. – 2. Responsabilidade. Nexo de causalidade. A configuração da infração não exige o dolo; basta o nexo entre a atividade da autora e o dano. O vazamento, por si só, acarreta a responsabilidade objetiva da autora; ou, quando menos, por culpa (negligência na conservação das tubulações). Ausência de comprovação de que o rompimento da tubulação tenha ocorrido por culpa do Município. – 3. Multa. Valoração. A multa foi fixada em 5001 UFESP, que é o patamar mínimo para as infrações gravíssimas de acordo com o art. 84, III do DE nº 8.468/76; as circunstâncias atenuantes foram levadas em consideração e a multa deve ser mantida. – Improcedência. Recurso da autora desprovido.

VOTO

1. A sentença de fls. 384/386, vol. 2 julgou improcedente a ação em que se pleiteia a anulação do auto de infração nº 30001289 (fls. 28), por entender que a autora, no desenvolvimento do seu negócio, deu causa ao vazamento de gás ao meio ambiente, não havendo vício no ato administrativo atacado. Em face da sucumbência, condenou a autora no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa, atualizado.

Apela a autora (fls. 390/409, vol. 2); alega que: (i) a natureza da atividade empresarial desenvolvida não é suficiente para determinar a sua responsabilidade por qualquer ocorrência que envolva o gás canalizado, visto que a responsabilidade fundada no risco do negócio pode até ser objetiva, mas não afasta a necessidade de demonstração do nexo de causalidade; (ii) o processo

Acesso ao Sumário

administrativo é nulo por violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da impessoalidade, uma vez que a agente fiscal emitiu parecer com argumentos diferentes daqueles existentes no auto de inspeção após o recurso administrativo da COMGÁS, sem possibilitar a sua manifestação; (iii) restou comprovado que o rompimento da tubulação de gás decorreu da construção de galeria de águas pluviais, obra realizada pelos agentes da Prefeitura Municipal de São Paulo, sem a devida observância dos procedimentos requisitados pela COMGÁS para obras realizadas próximas à tubulação (fls. 39/47); (iv) o valor da multa imposta é desproporcional, haja vista que ao ser acionada do vazamento a COMGÁS agiu com presteza e sanou o problema imediatamente, além do que não foram considerados os arts. 80 e 101 do DE nº 8.468/76 para a sua fixação. Pede o provimento do recurso para declarar a nulidade do auto de infração, ou subsidiariamente para que seja reduzido o valor da multa.

Recurso tempestivo e preparado. Contrarrazões a fls. 422/432.

É o relatório.

2. A autora foi autuada em 16-7-2008 pela CETESB, AIIPM nº 30001289 (fls. 27/28), "*por ter ocasionado vazamento de gás encanado na Rua dos Estudantes, próximo ao nº 445 e imediações de ruas próximas, da Baixada do Glicério – São Paulo, ocasionando inconveniente ao bem estar público e oferecendo risco à população*", com fundamento nos artigos 2º e 3º, V do DE nº 8.468/76, que regulamentou a LE nº 997/76; o valor da multa foi fixado em 5001 UFESP, nos termos dos arts. 81, II, 84, III e 94 do Regulamento. Em 26-8-2009 ajuizou esta ação visando à anulação do AIIPM nº 30001289, sob a alegação da existência de vícios formais e materiais no processo administrativo.

3. Processo administrativo. Depois de lavrado o auto de infração e antes de qualquer ato executório, foi dada à autora oportunidade de defesa (fls. 31/147); o recurso foi recebido em razão de liminar e analisado por Jussara Vedovelli de Almeida, engenheira ambiental (fls. 152), e Jorge Sakotani, gerente do Departamento de Ações de Controle IV da CETESB (fls. 154), os quais desproveram o recurso. As manifestações estão fundamentadas e consideraram os argumentos da autora; a informação prestada pela engenheira ambiental de que a concessionária estava substituindo as tubulações de ferro à época do acidente não contradiz o disposto no auto de inspeção (fls. 26), assim como o fato de ter sido mencionada após o recebimento do recurso administrativo não é suficiente para provocar a nulidade do processo administrativo.

O processo administrativo não segue o rigorismo que norteia o processo judicial. Cabe ao juiz analisar se foram observadas as garantias mínimas do contraditório, ampla defesa e fundamentação de acordo com os elementos apresentados. No caso, estão presentes as formalidades mínimas, não havendo motivo para anulação do processo administrativo. Ademais, a autora, ao recorrer

Acesso ao Sumário

ao judiciário, tem a possibilidade de apresentar sua versão dos fatos nesta via, com mais amplitude, como fez. Não há nulidade.

4. O agente ambiental (auto de inspeção nº 1249320 de 4-7-2008), em atendimento à solicitação do Corpo de Bombeiros, compareceu à Rua Capitão Faustino Lima, 134, Brás, São Paulo/SP para verificar o ocorrido; constatou o rompimento de uma tubulação de ferro fundido de quatro polegadas por onde vazou o gás migrando para as galerias de água pluvial, sendo que o monitoramento realizado pelos técnicos do EIPE indicou o índice de explosividade de 100%, o que resultou no isolamento e evacuação da área; pouco tempo depois chegou o pessoal da COMGÁS e rapidamente sanou o problema (fls. 26, 315/321). O relato do agente ambiental é coerente com a conclusão a que chegou e com a sanção imposta; a COMGÁS mantém a única linha de distribuição de gás na cidade, como única concessionária do serviço; há claro nexo de causalidade entre a atividade da empresa e o dano ambiental.

A configuração da infração não exige o dolo; basta o nexo entre a atividade da autora e o dano. 'De qualquer modo concorrer para a infração', como mencionado no art. 86 do DE nº 4.876/76, implica tão somente nesse nexo entre a atividade e o dano: o vazamento de gás da linha de distribuição, por si só suficiente para a sanção, e a percolação do gás na atmosfera, não importando se a autora estava substituindo as tubulações de ferro ou não. O vazamento, por si só, acarreta a responsabilidade objetiva da autora; ou, quando menos, por culpa (negligência na conservação das tubulações).

A autora afirma que o rompimento da tubulação de gás ocorreu por culpa exclusiva do Município, em razão da construção de galeria de águas pluviais sem a devida observância dos procedimentos requisitados pela COMGÁS para obras realizadas próximas à tubulação; contudo, os documentos juntados à fls. 39/47 não são suficientes para demonstrar o alegado, não se desincumbindo a autora de provar os fatos constitutivos de seu direito, a teor do art. 333, I do CPC.

5. Multa. O art. 8º da LE nº 997/76 estabelece as diversas sanções administrativas e a gradação da multa; as infrações são classificadas em leves, graves e gravíssimas, em valor de 10 a 10.000 UFESP; e o art. 7º estabelece os critérios para a classificação. A lei atribui ao agente ambiental, em consequência, certa discrição na imposição da sanção; e não pode ser diferente, pois as infrações não se confundem e o agente ambiental, que conhece a região e a extensão da infração, está mais bem posicionado para avaliar a intensidade do dano, as circunstâncias atenuantes e agravantes e os antecedentes do infrator. No caso, a multa foi fixada no patamar mínimo para as infrações gravíssimas de acordo com o art. 84, III do DE nº 8.468/76, pois o agente da CETESB levou em consideração circunstâncias atenuantes (as providências realizadas pela autora, fls. 152) não havendo falar que as medidas adotadas pela empresa não foram

Acesso ao Sumário

consideradas. A multa de 5001 UFESP fixada no AIIPM deve ser mantida.

A redução da multa em 90% (art. 101, § 2º do DE nº 8.468/76), por sua vez, deve ser requerida à agência ambiental; não cabe ao juiz concedê-la, mas apenas verificar a legalidade da negativa, se assim decidir a administração; a autora não requereu a concessão do benefício na seara administrativa, não cabendo sua análise neste momento. Observo que o benefício sequer foi requerido na inicial, não sendo possível inovar o pedido.

O voto é pelo **desprovimento do recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001216-51.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MURILO CARDOZO DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª 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 13.519)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: Ação ordinária – Candidato inscrito em concurso público para admissão ao Bacharelado em Ciências Políticas de Segurança e Ordem Pública (Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo), considerado inapto no exame psicológico, visando sua reintegração ao certame – Candidato que aceitou as condições estabelecidas no edital – Impossibilidade do Poder Judiciário reexaminar o mérito da decisão administrativa ou alterá-la, sob pena de imiscuir-se indevidamente nas razões de conveniência e oportunidade da Administração – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela ajuizada por Murilo Cardozo da Costa, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de nulidade do exame psicológico que lhe foi aplicado no concurso público para admissão ao Bacharelado em Ciências Políticas de Segurança e Ordem Pública (Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo), permitindo, assim, seu prosseguimento nas demais fases do concurso.

Tutela antecipada deferida para o fim de suspender a exclusão do autor do concurso público, por motivo de reprovação na etapa de avaliação psicológica, de modo a permitir seu prosseguimento nas fases seguintes e, se aprovado, garantir seu ingresso imediato no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar (fl. 84).

A r. sentença de fls. 203/205, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação e invalidou a exclusão do autor do concurso público para admissão no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo por motivo de reprovação na etapa de avaliação psicológica, garantindo-lhe o direito de prosseguir nas demais fases do concurso. Em razão da sucumbência, a Fazenda do Estado foi condenada a arcar com as custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Inconformada, apela a vencida, buscando a improcedência da ação, alegando, em síntese, que a exigência dos exames psicológicos para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo por meio do Curso de formação de Oficiais, está prevista no Decreto nº 54911/2009 e que o referido exame foi realizado por banca examinadora constituída por profissionais com formação em psicologia, não havendo no ato administrativo hostilizado qualquer ilegalidade que autorize o Poder Judiciário invalidá-lo (fls. 213/220).

Recurso recebido, devidamente processado e com contrarrazões (fls. 225/233).

É o relatório.

O recurso merece prosperar.

O autor, Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo, participou de concurso público de ingresso no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública (Curso de Formação de Oficiais – Edital 002/321/2010), tendo sido excluído do certame por ter sido reprovado no exame psicológico.

A exigência dos exames psicológicos para ingresso no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, está prevista no Decreto nº 54911/2009, que assim estabelece:

> "Artigo 35 – O concurso público de admissão no Curso Superior de Técnico de Polícia Ostensiva e Preservação da Ordem Pública constará

Acesso ao Sumário

de provas e títulos.

§ 1º – As etapas do concurso a que se refere este artigo serão as seguintes:

[...]

4. exames psicológicos;"

Já o edital do concurso público, ao qual se submeteu o autor, estabelece que:

"1. O Concurso Público para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo, no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, constará de Provas e Títulos, e será composto das seguintes etapas:

[...]

1.4. Exames Psicológicos, ANEXO E, destinam-se à avaliação do perfil psicológico do candidato, a fim de verificar sua capacidade de adaptação e seu potencial de desempenho positivo como Aluno Oficial e Oficial do QOPM e do QOPF, segundo os parâmetros estabelecidos pela definição do perfil psicológico, adotados como padrão pela Polícia Militar do Estado de São Paulo;" (Capítulo IV, do Edital de abertura de inscrições nº DP – 002/321/2010, fl. 62)

O "Anexo E", por sua vez, estabelece, objetivamente, as características e dimensões do perfil psicológico do Aluno Oficial PM (fl. 84).

Portanto, ao inscrever-se, o autor sabia como seriam realizados os exames psicológicos, quais as exigências e os requisitos essenciais para obter a aprovação. E se efetuou sua inscrição sem se rebelar, a presunção é a de que fez sua livre adesão àquele regramento do certame.

Ora, sabe-se que o edital do concurso é lei entre as partes e, como tal, vincula a Administração, impedindo-a de afastar-se das regras postas, e sujeita os participantes às suas diretrizes.

Assim, em havendo discordância com referidas cláusulas, deveria tê-las impugnado no momento oportuno, ou seja, antes da realização de quaisquer das provas. E, não o fazendo, concordou com os termos contidos no edital, não podendo agora, insurgir-se com sua eliminação do concurso.

A alegação de que não há previsão legal expressa que autorize a realização de exame psicológico, não sendo o decreto instrumento apto a atender a disposição contida no artigo 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal[1],

Acesso ao Sumário

1 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;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista

por ter natureza infralegal, não merece prosperar, uma vez que há respaldo legal para a exigência de exame psicológico nos concursos de ingresso na Polícia Militar.

É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a exigência de aptidão psicológica para a aquisição de arma de fogo, nos termos do art. 4º, III, da Lei 10.826/03, justifica a realização de exame psicológico nos concursos de ingresso nas carreiras policiais.

Nesse sentido:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. EXAME DE CARÁTER OBJETIVO E RECORRÍVEL. PREVISÃO LEGAL. LEI 10.826/03. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é válida a exigência de aprovação em exame psicotécnico ou psicológico em concurso público quando houver adoção de critérios objetivos na avaliação e for assegurado ao candidato o direito de pleitear a revisão de resultado desfavorável.

2. A aptidão psicológica é exigida de quem pretende adquirir arma de fogo, nos termos do art. 4º, III, da Lei 10.826/03. Diante da circunstância de que o policial invariavelmente irá manuseá-la, não há falar na inexistência de previsão legal a demandar a aprovação em exame dessa natureza em concurso público para ingresso na carreira policial.

3. A aprovação em exame psicotécnico, além de encontrar amparo no referido diploma legal, apresenta-se indispensável porque o policial terá porte autorizado de arma de fogo e, pela natureza das atividades, estará sujeito a situações de perigo no combate à criminalidade.

4. Recurso ordinário improvido." (RMS 27.841/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Igualmente sem razão o autor quando afirma, sem apresentar qualquer tipo de prova, que nem todos os examinadores que realizaram os exames psicológicos eram graduados em psicologia.

De acordo com documento juntado pela Divisão de Seleção e Alistamento, da Diretoria de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, todos os profissionais envolvidos na avaliação psicológica do autor são formados em psicologia e estão inscritos no respectivo órgão de classe. Ademais, foram utilizados os procedimentos e instrumentos técnicos reconhecidos pela

em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Acesso ao Sumário

comunidade científica da área psicológica, que atendem as normas em vigor dos Conselhos Federal e Regional de Psicologia (fls. 127/136).

Por fim, cabe asseverar que, ter sido aprovado no concurso para soldado da Polícia Militar, não significa que o autor está igualmente apto a exercer as funções de Oficial PM.

O objetivo da avaliação psicológica, no concurso em que o autor foi excluído, é o de verificar se, naquele momento, o candidato reunia as características necessárias ao bom desempenho do cargo de Oficial PM, segundo as peculiaridades desta função, sendo irrelevante a aprovação prévia em exame psicológico em que se visava a aprovação para desempenhar função diversa.

De acordo com o Laudo Psicológico nº 018/314/11 (fls. 120/126), na época em que avaliado, o autor não se adequou aos parâmetros exigidos no perfil psicológico para o cargo de Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, nos seguintes itens: a) relacionamento interpessoal: inadequado; b) autoconfiança: insuficiente; e c) domínio psicomotor: inadequado.

Daí porque foi considerado inapto para o exercício das funções de Oficial da Polícia Militar, sendo irrelevante seu desempenho, como aluno, no Curso de Formação de Oficiais que cursa em razão da liminar deferida em primeiro grau de jurisdição.

Como bem explicitado no laudo psicológico acima referido:

> "Conforme o apurado no conjunto dos testes, o avaliado apresentou recursos cognitivos adequados para o desempenho da função, no que diz respeito a inteligência geral, revelando, contudo, baixos os recursos de inteligência abstrata, espacial e motora, evidenciados através da sua expressão motora, podendo corroborar os baixos níveis das atenções difusa e concentrada, verificados.
>
> No modo como reage frente ao meio, o candidato apresentou características que revelam prognóstico desfavorável ao bom desempenho da atividade pretendida, pois, denota pouca disponibilidade de interação nas relações sociais, sugerindo sentimentos de inferioridade, retraimento e desconfiança nas relações com o meio. Demonstra certa dificuldade para estabelecer relacionamentos interpessoais mais espontâneos, já que demonstra ser uma pessoa mais fechada e reservada para manter contatos, o que contraindica o candidato para o cargo, pois, podem limitar sua capacidade para perceber e reagir adequadamente às necessidades, sentimentos e comportamentos daqueles que interagem consigo nas atividades do dia a dia, a medida em que limita suas atitudes interativas, podendo prejudicar o bom desempenho da função de oficial para a qual é fundamental um elevado relacionamento interpessoal, pois muito lhe exigirá nesse sentido.

Acesso ao Sumário

> Corrobora a característica acima, a falta de autoconfiança, também revelada nos testes do candidato, evidenciada pela inibição que apresenta, denotando maior receio para se posicionar, contraindicando-o para o cargo, pois, limitam as atitudes de autodomínio, presença de espírito e confiança nos próprios recursos, necessárias para que possa estabelecer contatos de forma resoluta e decidida." (fl. 125)

Cumpre ressaltar que a inaptidão do autor indica, apenas e tão somente, que ele não atendeu, à época dos exames, aos parâmetros exigidos para o exercício da função de Oficial PM, não pressupondo a existência de transtornos mentais, conforme salientado no documento de fls. 127/135.

Sobre o assunto, vejam-se os seguintes julgados desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "Apelação interposta por candidato inscrito no concurso público para admissão ao Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública (Curso de Formação de Oficiais – CFO), reprovado na avaliação psicológica, de caráter eliminatório. Edital que prevê critérios objetivos para realização do exame psicológico. Ato administrativo combatido hígido e conforme ao edital. Recurso improvido." (TJSP. Apelação nº 0048627-90.2011.8.26.0053. 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 14.05.2013)

> "DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOLÓGICO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECORRIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicológico para provimento de certos cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, tal exigência deve estar prevista legalmente, ser pautada por critérios objetivos e permitir a interposição de recurso pelo candidato que se sentir lesado, requisitos presentes na hipótese.
>
> 2. Recurso ordinário improvido." (RMS 23.163/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 19/05/2008)

Outrossim, não pode o Poder Judiciário reexaminar o mérito da decisão administrativa ou alterá-la, sob pena de imiscuir-se indevidamente nas razões de conveniência e oportunidade da Administração. Ademais, tratando-se da carreira de policial militar há de prevalecer a exigência de nunca pairar dúvida sobre a correção de sua conduta, já que o estatuto militar é fundado na disciplina e na hierarquia.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, condenando o apelado-impetrante, em razão da sucumbência, a arcar com as custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor dado à causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0113099-76.2006.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IRACEMA FICO, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Servidora que praticou crime de concussão – Conduta comprovada – Inexistência de *bis in idem* decorrente da penalização nas esferas administrativa, penal e civil – Ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa verificada – Configuração de ato de improbidade administrativa – Sentença de parcial procedência mantida. Recurso improvido.

VOTO

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação civil pública pretendendo obter provimento apto a "reconhecer como ímproba a conduta da requerida com fundamento no artigo 9º, *caput* e inciso X, e artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.429/92, impondo-lhe as sanções previstas no artigo 12, incisos I e III, do mesmo diploma legal" (fls. 7).

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 468/476).

Iracema Fico interpôs apelação. Alega que não pode ser penalizada na esfera civil, posto que já sofreu condenação criminal. Salienta que não houve

intimação pessoal da defensora pública a respeito da prolação da r. sentença, razão pela qual pleiteia a anulação do feito a partir de então. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 485/490).

Com as contrarrazões (fls. 493/496), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 502/506).

É o relatório.

Afasta-se preliminar de nulidade decorrente da ausência de intimação pessoal, pois foi dada vista dos autos à defensora pública (fls. 480), que ficou, portanto, pessoalmente intimada do teor da r. sentença.

Desponta dos autos que a demandada era escrivã de polícia e que, no dia 27 de março de 2003, exigiu de José Edilson Brito de Souza vantagem patrimonial para o fim de não cumprir mandado de prisão contra esse emitido.

Foi presa em flagrante e condenada em processo criminal (fls. 374/383), além de demitida após processo administrativo disciplinar (fls. 272).

As testemunhas Emilio Paschoal, Luiz Fontes, Kátia Lázaro e José Souza corroboram a acusação.

Daí se conclui que a conduta da servidora ofendeu aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e finalidade, que devem nortear a atuação da Administração Pública e de seus agentes.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "configurado está o dolo pela manifesta vontade da apelante em realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade" (fls. 505).

Ademais, a apelante não apresentou, por sua vez, prova a respeito de sua inocência (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil).

Saliente-se, neste ponto, que, ao contrário do que alega a apelante, não constitui *bis in idem* a punição cumulativa da conduta da servidora nas esferas administrativa, civil e penal. A autonomia das instâncias está expressamente autorizada pelo § 4º do artigo 37 da Constituição Federal e pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92.

Acesso ao Sumário

É esse o entendimento desse Egrégio Tribunal de Justiça, ao analisar casos semelhantes:

"Improbidade administrativa – 'A Condenação criminal por delito funcional importa, 'ipso facto', no reconhecimento simultâneo da culpa administrativa e da culpa civil' (RESP 34352/SP, Min. César Asfor Rocha, STJ, 1ª T.) – As penalidades impostas com base na Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com aquelas aplicadas com fundamento nas outras esferas, seja penal ou civil – Recurso improvido." (Apelação Cível n.

9000016-02.2010.8.26.0048 – Rel. Des. Pires de Araújo – j. em 23.6.13 – v.u).

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA** – Improbidade administrativa – Policial civil – Concussão – Juízo criminal – Condenação – Trânsito em julgado – Provas – Aproveitamento – Julgamento antecipado – Cerceamento de defesa – Inexistência:

– O julgamento antecipado, quando já definidas no juízo criminal a autoria e a materialidade do ato de improbidade administrativa, não implica em ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

– A ampla defesa e o devido processo legal não justificam a realização de provas inúteis ou protelatórias.

– Sentença que dá a melhor solução ao litígio merece prevalecer por seus próprios fundamentos." (Apelação Cível n. 0129868-28.2007.8.26.0053 – Rel. Des. Teresa Ramos Marques – j. em 22.4.13 – v.u).

Assim, restou mesmo configurado o ato de improbidade administrativa imputado à ré, previsto no *caput* do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, segundo o qual "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".

Para aludidos atos de improbidade administrativa, a lei impõe as seguintes sanções: "ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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 três anos" (inciso III do artigo 12).

Determina o parágrafo único do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa que, "na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". As penalidades são, portanto, cumulativas, mas não precisam ser esgotadas.

Assim, observando-se o princípio da proporcionalidade, entende-se correta e adequada a sanção imposta na r. sentença, de multa civil no montante correspondente a 10 (dez) vezes a remuneração da ré como escrivã de polícia, suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos, e proibição de contratar com o poder público e receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 3 (três) anos (fls. 475/476).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041047-43.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado NELSON SILVEIRA GUIMARÃES, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelado/Apelante RICARDO AMBRÓSIO FAZZANI BINA.

ACORDAM, em 3ª 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 22795**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2014.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Apelação cível – Policiais civis – Dano moral em razão de inquérito policial no qual se fazia menção ao nome do autor – Não ocorrência – Autor que não teve contra si imputado qualquer espécie de crime, sendo apenas referido nas declarações prestadas – Atributos da personalidade não atacados – Imagens atributo e retrato inabaladas – Responsabilidade civil do Estado não verificada – Ausência de nexo causal e dano – Recurso adesivo almejando majoração de honorários advocatícios – Desnecessidade, haja vista que estes foram fixados com proporcionalidade, razoabilidade e equidade – Sentença mantida – Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Nelson Silveira Guimarães em face de Ricardo Ambrósio Fazzani Bina e do Estado de São Paulo, objetivando reparação moral, na ordem de 100 salários mínimos, haja vista que entende que sofreu acusações indevidas, em sede de inquérito policial.

A sentença, prolatada pelo MM. Juiz Evandro Carlos de Oliveira, julgou improcedente o pedido. Determinou, ainda, que o autor arcasse com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa devidamente corrigido, dividida entre os vencedores (fls. 181/184 e

212).

Apela Nelson Silveira Guimarães (190/211). Sustenta, em síntese, que atributos da sua personalidade foram flagrantemente atacados pelo Delegado Ricardo Ambrósio, dentre eles honra, moral, etc.; que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, merecendo este arcar com as atitudes indevidas, ilegais e abusivas de seu preposto, Ricardo; que jamais participou de esquemas de corrupção; que é policial há muitos anos; que possui ficha hígida; e traz jurisprudência, doutrina e dispositivos legais em seu favor. Pugna, ao final, pela reforma integral da sentença.

Apela adesivamente Ricardo Ambrósio Fazzani Bina (fls. 232/237). Argumenta, em resumo, que os honorários advocatícios devem ser majorados. Pugna, ao final, pela reforma parcial da sentença.

Os recursos foram recebidos em ambos os efeitos (fls. 212 e 257). Foram apresentadas contrarrazões (fls. 215/231, 243/256 e 260/ 262).

É o relatório do essencial.

A questão cinge-se em saber se o autor deve ser indenizado a título de danos morais, em razão de vinculação de seu nome a fato criminoso investigado em sede de inquérito policial.

Nelson Silveira Guimarães, ora autor e delegado de polícia (fls. 30), sustenta que sofreu abalo moral haja vista as declarações prestadas em inquérito policial por Ricardo Ambrósio Fazzani Bina, também delegado de polícia.

O inquérito policial é um conjunto de diligências, atos investigatórios, realizadas pela polícia judiciária, com o objetivo de investigar as infrações penais e colher elementos necessários para que possa ser proposta a ação penal. Seu escopo terá por fim a apuração das infrações penais no âmbito da autoria e da materialidade, consoante art. 4º do CP. É caracterizado, dentre outras, por ser sigiloso, escrito e inquisitivo. Desse modo, o inquérito policial se presta para mera colheita de elementos informativos que possibilite a formação da convicção do membro do "Parquet", para que ofereça a denúncia ou o ofendido ofereça a queixa-crime.

Nestes termos, como sabem perfeitamente os envolvidos nesta lide, vez que tanto Nelson quanto Ricardo são delegados de polícia, o inquérito não possui contraditório ou ampla defesa. Admite, também, em certa medida, que eventuais declarantes sejam omissos com a verdade ou a destorçam em seu favor. É o caso dos autos.

Válida a transcrição de parte de artigo do prof.º João Romano da Silva Júnior[1]:

"Não vejo como prejudicial a entrevista do indiciado com o advogado

1 http://jus.com.br/artigos/14697/a-dupla-valoracao-do-inquerito-policial-e-comentarios-sobre-a-nova-redacao-do-artigo-155-do-codigo-de-processo-penal

Acesso ao Sumário

no inquérito policial . <u>E se o indiciado quiser mentir, que minta. Como ensina o Prof. Anderson Garcia, Delegado de Polícia que leciona inteligência policial na Academia de Polícia Judiciária Civil do Mato Grosso: 'Quanto mais mentir, melhor, tudo o que eu quero é que ele minta'.</u>

<u>E por que eminente professor ensina isso? Porque no moderno sistema processual, a confissão não é o móvel da investigação, e nem buscada como na Idade Média e no Estado policialesco, em que se fomentava a tortura aos investigados, julgamentos viciados e flanco aberto para injustiças de toda a ordem.</u>

Ademais, porque o policial comprometido e eficiente deve ser conhecedor de técnicas de investigação, pautar-se na ética e no profissionalismo. A truculência é artifício do policial preguiçoso, amador, e do que oculta a própria ignorância."

(grifos nossos)

Pois bem. Se é possível mentir, não se pode dizer que houve um abuso de direito daquele que incorreu nas mentiras. Induvidoso ser desagradável ver-se intimado a prestar esclarecimentos em inquérito policial, ainda mais para averiguar sua eventual participação em atividade criminosa. Entretanto, bem analisado os autos, verifica-se que se cuidou, em verdade, de mero desdobramento para colheita dos elementos de convicção, em que os verdadeiros investigados eram outros.

Não se desconhece o diagrama colacionado às fls. 33, o conteúdo do inquérito (fls. 83/89), assim como as declarações prestadas pelo autor (fls. 36/37), no entanto, para disso se chegar a um abalo moral há longo caminho a ser percorrido.

No inquérito consta às fls. 85, a saber:

"(...) relata que 'Wanderley' foi para a 5ª Delegacia Seccional, a qual é chefiada atualmente pelo Delegado Nelson Guimarães, anteriormente lotado no DETRAN junto com 'Chumbinho'. <u>É possível, pois, como geralmente ocorre, que o Delegado da 5ª Seccional, Nelson Guimarães, ao mudar de delegacia, tenha levado consigo alguns policiais, com o Hamilton ('Chumbinho') e 'Wanderley'.</u>"

(grifo nosso)

Incontroverso nos autos que o autor jamais foi indiciado ou denunciado (fls. 58/44). Ademais, na esfera administrativa sua representação não teve qualquer sucesso, culminando no seu arquivamento (fls. 94/120).

A melhor doutrina assim define e traz balizas ao dano moral, Sílvio de Salvo Venosa, "Direito Civil: Responsabilidade Civil", Ed. Atlas, vol. 4º, 10ª edição, p. 49:

Acesso ao Sumário

"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o 'bonus pater familias': não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouco ou de nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal."

Pois bem. Caberia ao apelante produzir prova, nos termos da teoria da distribuição estática do ônus da prova (art. 333, I, do CPC), de que os eventos descritos atingiram atributos de sua personalidade. Não há notícia de abalo a sua imagem (imagem-retrato e imagem-atributo), como matérias em jornais, revistas e noticiários. Não se pode dizer, também, que atributos outros de sua personalidade foram atacados, como honra, moral, etc.

Por tudo, não se pode afirmar que os eventos descritos nestes autos acarretaram quaisquer danos morais ao Sr. Nelson.

Por fim, a circunstância de, em regra, a responsabilidade civil do Estado ser objetiva, não afasta a necessidade de preenchimento completo da seguinte equação: ação/omissão/fato – nexo causal – dano. "In casu", não se vislumbra nexo causal ou mesmo dano em desfavor do autor, o que impede qualquer indenização. A investigação foi levada a efeito, como de fato deveria ser. Ao Estado-Administração cabe apurar eventuais irregularidades que tem notícia, sendo inadmissível quaisquer omissões.

O recurso adesivo de Ricardo Ambrósio Fazzani Bina também não merece melhor sorte.

Os honorários advocatícios estão bem postos, não havendo necessidade de ajustes. O valor fixado, que teve por base de cálculo o montante atribuído à ação devidamente atualizado, não será irrisório e nem exagerado, atendo aos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, o § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil faculta ao magistrado a apreciação equitativa da verba devida, desde que atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do já citado artigo. Nesse sentido: **"Nos casos do § 4º, o julgador, ao fixar os honorários, não está adstrito**

Acesso ao Sumário

às percentagens mínima e máxima previstas no § 3º, devendo, entretanto, atender aos critérios estabelecidos nas letras 'a', 'b' e 'c'." (REsp nº. 551.429/AgRg, rel. Min. TEORI ZAVASCKI; 2ª. T. REsp 260.188/MG , rel. Min. ELIANA CALMON).

Para a fixação desse montante é que se leva em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. E, no caso em apreço, constata-se que a verba honorária foi bem arbitrada pelo julgador sentenciante, considerando as circunstâncias peculiares da ação, não comportando guarida o inconformismo do recorrente.

Em face do exposto, nega-se provimento aos recursos voluntário de Nelson Silveira Guimarães e ao adesivo de Ricardo Ambrósio Fazzani Bina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005871-24.2008.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, é apelada SANDRA RANA ETEROVIC (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª 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 13705)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 24 de março de 2014.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Instalação, pela SABESP, de bomba (*booster*) defronte a residência autoral, co'a finalidade de propiciar a adequada distribuição de água na localidade – Anuência verbal para que o mecanismo fosse mantido provisoriamente – Transcurso de mais de década, sem que a bomba fosse remanejada para outro lugar – Barulho produzido diuturnamente, prejudicando o repouso noturno – Ofensa extrapatrimonial caracterizada – Sossego e tranquilidade que compõem parcela

indissociável do desenvolvimento da personalidade – Sentença mantida – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, contra r. sentença do digno Juízo da Comarca de São Roque (fls. 99/104), que julgou parcialmente procedente ação ajuizada por Sandra Rana Eterovic. Demanda cujo objeto consistia no pleito de reparação material e moral em razão dos transtornos causados pela instalação, na residência da autora, duma bomba para distribuição de água nesse bairro. Pede a autora, também, seja a requerida compelida a firmar contrato, com retribuição mensal de R$ 500,00.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) ocorrência de enriquecimento ilícito; b) não caracterização de dano moral; c) ausência de justa causa para o decreto condenatório (fls. 119/123).

Apelo respondido (fls. 130/139).

Autos remetidos à 10ª Câmara de Direito Privado (fls. 142), que determinou a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 147/151).

É o relatório.

Ação indenizatória ajuizada por Sandra Rana Eterovic em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, reclamando o reparo material e moral em decorrência dos transtornos acumulados desde 1991, pelo barulho causado por uma bomba (*booster*) instalada defronte a sua residência. Aparelho este que ali permaneceu até 2009.

Insurge-se a SABESP contra o reconhecimento do dano moral, aduzindo, em síntese, a inocorrência de quaisquer danos de ordem extrapatrimonial a justificar a sua condenação.

Sem razão, contudo, sobejando razões à manutenção do comando judicial.

Não há discordância quanto ao fato narrado. Efetivamente foi instalado esse *booster* defronte à casa da autora. O trato verbal era que o aparelho seria mantido ali por curto período de tempo; a consumidora estava reformando o imóvel, de modo que retornaria a residir nesse endereço tão logo finalizasse as obras. Todavia, a bomba continuou instalada por lapso temporal dilatado, mesmo com o retorno da família à residência reformada. E definitivamente não se pode considerar exíguo a permanência do maquinismo por mais de década!

E durma-se com um barulho desses.

Nestes termos, a doutrina bem diferencia o dano moral do mero

Acesso ao Sumário

aborrecimento, o simples contratempo. Leia-se nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano morais pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (que assegura o 'direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem') e X (que declara inviolável 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas') e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático 'a dignidade da pessoa humana'.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (Responsabilidade Civil, 10ª edição, páginas 610/611, Saraiva).

Pode-se afirmar de modo contundente que a situação vivida pela autora ultrapassa o mero dissabor, contratempo. Imbrica-se ao patrimônio moral da autora, à sua tranquilidade, especialmente durante o repouso noturno, período em que usualmente refazem-se as energias com o descanso e o sono.

A ciência hodierna não hesita em dizer da importância do sono para o equilibro corporal e mental, podendo ser relembrada, aliás, que muitas das táticas de tortura impingidas tinham por finalidade "quebrar a personalidade" da vítima, destruir-lhe a mente sem matar o corpo. É a lição do professor mexicano Octávio Márques Mendoza[1].

Por fim, nem mesmo é necessário perquirir eventual desacordo com padrões de emissão de ruídos, comumente materializados nas resoluções do CONAMA, consideradas as variações de cada tipo de zoneamento. O dano moral resulta *ipso facto*, ou seja, da situação diuturna vivenciada pela autora e sua família, com o sossego aquebrantado.

Acesso ao Sumário

1 Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/37/pr/pr25.pdf. Acesso em 30/09/2013.

Neste passo, considerando os parâmetros que informam o dever de indenizar, considero razoável o valor estipulado pelo magistrado sentenciante, à razão de R$ 5.000,00. Valor consentâneo às agressões sofridas durante o largo período em que o *booster* permaneceu instalado.

Não havendo recurso da SABESP quanto ao capítulo da consolidação do montante devido – tampouco reexame necessário – mantenho os juros de mora à razão de 1% ao mês, a contar de 1º/01/1993, como também a incidência de correção monetária, nos moldes da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da publicação da r. sentença.

Finalmente, há de ser mantido o decreto de sucumbência recíproca. Aplicável o artigo 21, do Código de Processo Civil. *Isso pode acontecer sempre que o processo tenha um* ***objeto composto****, como no caso de cúmulo de pedidos, ou que ele seja* ***decomponível*** *(...) ao julgar a demanda procedente em parte, o juiz estará impondo parcial sucumbência a cada um dos litigantes* (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, volume II, 6ª edição, página 668, Malheiros, 2009).

Por meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000506-57.2013.8.26.0695, da Comarca de Atibaia, em que é apelante ITAMAR FERREIRA DAMIÃO, é apelada CÂMARA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA.

ACORDAM, em 6ª 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. Ivete Maria Ribeiro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: ANULATÓRIA

Decreto Legislativo deliberando sobre vacância do cargo de vice-Prefeito de Nazaré Paulista, uma vez impedido de tomar posse o candidato eleito. Autor e seu advogado tiveram amplo conhecimento da Sessão

Acesso ao Sumário

Extraordinária da Câmara Municipal. Procedimento legislativo observou preceitos constitucionais, legais e regimentais. Devidamente intimado da edição do ato em questão, silenciou-se o interessado. R. sentença mantida.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 273/275) desacolhendo **anulatória** (fls. 01/28) e **cautelar** (em apenso), para invalidar Decreto Legislativo nº 1/2013 ao declarar vago o cargo de vice-Prefeito de Nazaré Paulista para a legislatura de 2013/2016.

Sustentou, em resumo, ser caso de reforma. Demonstrada força maior para dilatar prazo de posse (art. 57 da LOM). Violados preceitos constitucionais – devido processo legal, ampla defesa e contraditório – a gerar a nulidade do ato. Insubsistente a presunção de intimação. Não concedida oportunidade de defesa ao partido político. Inegável seu interesse na preservação do mandato. Imotivada a deliberação. Citou jurisprudência. Daí a reforma (fls. 277/299).

Respondeu-se (fls. 307/325).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Trata-se de **anulatória** e **cautelar** para invalidar Decreto Legislativo nº 1/2013 ao declarar vago o cargo de vice-Prefeito de Nazaré Paulista para o período de 2013/2016 (fls. 198).

Desacolhidas as pretensões (fls. 273/275), recorreu o autor.

Sem razão, contudo.

Procedimento questionado, no caso, observou preceitos constitucionais – devido processo legal, ampla defesa e contraditório – a **inviabilizar** a nulidade do Decreto Legislativo nº 1/2013.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, vacância resultou da apreciação de pedido formulado pelo próprio interessado à Casa Legislativa Municipal – **prorrogação de prazo para posse no cargo de Vice-Prefeito** – ao **rejeitar** (fls. 196/197) o motivo de força maior então apresentado – prisão temporária (fls. 69/70) –, nos termos do **art. 71, inciso II, da Lei Orgânica Municipal de Nazaré Paulista** (fls. 101), quando, tão somente **após** sua edição, comportaria cientificar o interessado, como, aliás, ocorreu (fls. 199).

Bem rechaçadas na r. sentença as teses do autor – **a)** ausência de intimação pessoal e de seus procuradores para acompanhar a Sessão Extraordinária da Câmara Municipal onde se deliberou pela vacância do cargo; **b)** ausência de

intimação do partido político, tendo em vista seu interesse na preservação do mandato e **c)** faltar motivação ao ato.

Como lá consignado:

"*Infere-se da prova documental encontrada nos autos que o autor tinha conhecimento da continuação da Sessão Extraordinária do dia 11 de janeiro de 2013, cujo* (sic) *ocorreu em 17 de janeiro; também há informação segura de que o Advogado do autor, durante a semana que antecedeu o dia 17 de janeiro, foi informado de tudo o que estava acontecendo; a sessão extraordinária da Câmara foi divulgada pela mídia, uma vez que a detenção do autor foi assunto de grande discussão no Estado e também Nacional.*"

"*Assim, deve ser considerado como intimado e conhecedor da sessão.*"

"*Prosseguindo, não vislumbro nenhuma irregularidade a ponto de gerar nulidade absoluta eventual cerceamento de defesa no procedimento administrativo; tratou-se de procedimento legislativo em que não há necessidade nem mesmo de defesa técnica, além do mais, como bem colocou o Procurador da ré, o autor foi intimado por escrito no dia 18 de janeiro da edição do Decreto Legislativo em testilha, deixando de apresentar recurso ou mesmo inconformismo, ficando em silêncio.*"

"*Na verdade, o procedimento legislativo obedeceu aos parâmetros legais e constitucionais, não havendo nenhuma irregularidade.*"

"*Insta mencionar que o Decreto Legislativo 01/13 não tratou de processo administrativo sobre crimes de responsabilidade ou infração político-administrativa que poderiam levar à cassação de mandato, mas sim tratou da declaração de vacância do cargo de Vice-Prefeito Municipal, respeitando o previsto no artigo 71, inciso II, da Lei Orgânica Municipal; destaca-se que o cargo foi extinto, pois não há previsão legal de substituto ou suplente para preenchê-lo. E a extinção foi feita dentro da legalidade.*"

"*No tocante à falta de intimação do Partido, ficou patente nos autos que a ré tentou, de todas as formas, proceder dessa forma, somente não conseguindo em razão da diretoria do partido do Município, pela comissão provisória, havia sido destituída em 27 de novembro de 2012, um dia após a detenção do autor; como o partido não tinha representatividade naquele momento, não teve como proceder a sua intimação.*"

"*Por fim, nota-se que o ato administrativo foi motivado de forma necessária para atingir sua finalidade; sua realização ocorreu em observância aos preceitos constitucionais, legais e regimentais por aqueles que detém a competência para tanto, usando da discricionariedade*

Acesso ao Sumário

conferida por lei e atendendo aos requisitos pertinentes à elaboração do ato que culminou no Decreto Legislativo 01/13." (fls. 274/275).

Proceder, repita-se, ao contrário do alegado, **não** ofendeu preceitos constitucionais – devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Pautou-se, além do mais, o ato editado, por observar aos ditames **legais** e **regimentais** pertinentes, dentro do âmbito da **discricionariedade** conferida aos membros da Casa Legislativa em situações como a dos autos (**art. 71** da **Lei Orgânica Municipal**, c.c. **art**. **353** do **Regimento Interno da Câmara Municipal**), fazendo-lhes, inclusive, expressa referência, como consta de seu **art. 1º**, bem como das **considerações** que o antecederam (fls. 198).

Por fim, cientificado da edição do Decreto Legislativo (fls. 199), deixou o interessado de apresentar inconformismo, como lhe facultava o **art. 213** do **Regimento Interno da Câmara Municipal.**

Mais não é preciso acrescentar.

A r. sentença, em que pese a combatividade dos patronos do apelante, analisou a questão nos termos do pedido e deu correta solução à demanda. É **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252** do **Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal de Justiça** ("*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*"), com respaldo no Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 265.534-DF – j. de 20.11.03 – Rel. Min. **FERNANDO GONÇALVES**; REsp nº 641.963-ES – j. de 08.11.05 – Rel. Min. **CASTRO MEIRA** e REsp nº 662.272-RS – j. de 04.09.07 – Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, dentre outros arestos).

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015062-50.2005.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante TECBASE COMERCIAL E CONSTRUTORA LTDA., é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. sustentou oralmente o Dr. Lázaro Paulo Escanhoela Junior", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.137)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.
COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO.

Edição de decreto expropriatório para constituição da Zona de Proteção do Aeroporto de Sorocaba. Ato administrativo que teria causado danos materiais no empreendimento imobiliário, gerando insegurança nos compradores dos lotes que ajuizaram ações de rescisão contratual; danos morais pela perda da credibilidade da loteadora/empreendedora.

1. Inexistência de ato ilícito, não apontado desvio de finalidade ou qualquer outro vício passível de anulação.

2. Lotes objeto de rescisão contratual que voltaram ao estoque da loteadora e foram novamente comercializados. Ausência de prova do prejuízo. Dano hipotético inindenizável.

3. A responsabilidade objetiva libera a vítima apenas da prova da culpa. Não dispensa a prova do dano e do nexo de causalidade. Sem a prova desses dois elementos, não se cogita da obrigação de reparação.

4. Inexistência de abalo à imagem ou ao nome da loteadora, incabível a reparação moral. Sentença de improcedência. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação movida por Tecbase Comercial e Construtora Ltda. contra a Prefeitura Municipal de Sorocaba, objetivando reparação por danos morais e patrimoniais, incluídos os lucros cessantes, decorrentes de atos administrativos pelos quais houve alterações de posicionamento formal do Município em face do empreendimento imobiliário denominado Jardim Santa Rosa promovido pela autora, e da temporária destinação de parte da área do loteamento para a constituição da Zona de Proteção do Aeroporto de Sorocaba.

Arguiu ter sofrido prejuízo com a edição do Decreto nº 14.115/2004, declarando de utilidade pública uma parte da área e, a partir de então, o Município se manteve silente quanto ao pedido de liberação para construção, negou o direito de construir aos proprietários dos lotes, obrigou a loteadora a redefinir

Acesso ao Sumário

o traçado do loteamento. Diante da insegurança jurídica vários compradores de lotes ajuizaram ação de rescisão contratual contra a autora; houve abalo na credibilidade da empresa; experimentou queda nas vendas e no valor unitário dos lotes; tudo isso causando *prejuízos dantescos*.

Julgou-a improcedente a resp. sentença de f. 2238/2242, cujo relatório é adotado.

Apela a autora postulando a inversão do julgado. Pede o reconhecimento da consequência danosa dos atos praticados pela Municipalidade, mesmo com a revogação do indigitado decreto. Alternativamente, pleiteia a condenação da ré nos encargos da sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade.

Contrarrazões a f. 2288/2257.

É o relatório.

Consta dos autos que a autora é proprietária de uma área de terra na Avenida Ipanema, nas proximidades do aeroporto, no qual instituiu um loteamento denominado Jardim Santa Rosa para venda dos lotes.

O loteamento foi aprovado pela Prefeitura, nos termos do alvará de licença nº 124/2002, expedido em 10 de abril de 2002 (f. 301), registrado em dezembro de 2002 (f. 305/314).

O Decreto Municipal nº 14.115, de 12 de maio de 2004 (f. 414/415) declarou imóveis de utilidade pública para fins de desapropriação, destinados à Zona de Proteção do Aeroporto de Sorocaba, atingindo parte do loteamento.

Esta ação foi ajuizada em 9.5.2005.

O decreto foi revogado por outro, de nº 15.027, de 6.7.2006 (f. 1040).

O Decreto nº 15.075, de 24.7.2006 (f. 1042) aprovou a primeira fase do loteamento da autora.

Após, a Lei nº 8.000, de 7.11.2006 demarcou novamente a área para o aeroporto, no limite do loteamento (f. 1064) e, assim, afastando qualquer interferência no respectivo projeto.

Segundo a apelante, mesmo após a revogação do decreto expropriatório nº 14.115/04, o dano já estava consolidado e nada mais havia de ser feito para restabelecer o *statu quo ante*.

Afirma que, independentemente da análise do mérito dos atos administrativos, *os decretos são contraditórios entre si e não guardam consonância com a supremacia do interesse público* (f. 2263), pois o Município *viabilizou o loteamento em abril de 2002, inviabilizou-o em maio de 2004 e tornou a viabilizá-lo em novembro de 2006* (f. 2266).

Aduz que no período entre os dois decretos, houve desconstituição de alienações anteriormente realizadas; tornou-se de conhecimento público a negativa de autorização para construir, ocasionando drástica queda na venda

Acesso ao Sumário

dos lotes; os preços despencaram; a demora na delimitação da zona de proteção do aeroporto acarretou a descrença no empreendimento, afastou potenciais adquirentes e vários outros ajuizaram ações de rescisão contratual, tendo sido obrigada a responder judicialmente pelos desalinhos na conduta da apelada.

Conclui que a multiplicidade de alteração das diretrizes adotadas pela Prefeitura demonstra o equívoco nas condutas oficiais.

Apega-se ao laudo pericial segundo o qual o total indenizatório a ser recebido, referente ao valor locativo de todos os lotes da fase 1 do empreendimento (exceto aqueles pertencentes a terceiros) durante a vigência do Decreto 14.115, perfaz o total de R$ 2.832.837,79 para outubro de 2010, relativo aos lucros cessantes; os danos emergentes foram apurados em R$ 3.269.570,24 (f. 2267).

Acena, escorada no laudo pericial, com os prejuízos morais suportados, haja vista a incontroversa possibilidade de indenização por dano moral à pessoa jurídica (Súmula 227, do C. STJ).

Pois bem.

Ao Judiciário não é dado examinar o mérito do ato administrativo, salvo quanto aos seus aspectos formais. A autonomia entre as esferas administrativa e judicial reflete adequação ao princípio da independência entre os Poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal.

Em nenhum momento a apelante apontou desvio de finalidade do ato administrativo, ou qualquer outro vício passível de anulação na via judicial.

O Decreto Municipal nº 14.115/04 apenas declarou de utilidade pública, a fim de serem desapropriados pela Prefeitura os imóveis particulares compreendidos na área de entorno do aeroporto.

Segundo Hely Lopes Meirelles, *os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma... até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade*.[2]

Como bem apontou o MM. Juiz, a tão só declaração da área de utilidade pública para fins de estudo, não impediu, e não teria o condão de impedir, a comercialização dos lotes. Nenhum ato expropriatório se concretizou.

O conjunto probatório não favoreceu a apelante, lembrando-se que o laudo pericial não pode ser analisado isoladamente e, sobretudo, não vincula o juiz, de acordo com o disposto no art. 131, do Código de Processo Civil.

A testemunha comum das partes, Luiz Eduardo Arcuri Pacheco, declarou ser *corretor de imóveis e foi contratado pela autora para a venda dos imóveis. Afirmou que, junto com sua equipe, vendeu entre 300 (trezentos)*

Acesso ao Sumário

2 Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 35ª ed., Malheiros, p. 619

e 400 (quatrocentos) lotes até sair o decreto da Prefeitura que tratava de estudo para eventual desapropriação. Afirmou que a partir desse momento as vendas cessaram e muitos clientes pediram a rescisão do contrato. Afirmou que o loteamento estava liberado para venda quando do decreto, mas ainda não estava liberado para construção. Afirmou que a loteadora não tem mais lotes para venda no local (f. 2213).

A testemunha Luiz Antonio Orsi contou que *providenciou o registro do loteamento e demais contatos necessários a realização do mesmo. Afirmou que o loteamento já estava bem encaminhado e liberado para venda, sendo que várias unidades foram vendidas, até surgir o decreto de utilidade pública da Prefeitura. Afirmou que muitos compradores queriam rescindir o contrato. Afirmou que de acordo com a lei poderiam começar a vender, mas quando o decreto foi baixado acredita que não estava autorizado a construir. Afirmou que hoje o loteamento é um sucesso e acredita que ainda existam lotes em estoque* (f. 2214).

Da prova documental dos autos, verifica-se que a apelante já estava vendendo os lotes desde maio de 2003 (f. 834/971), quando ainda não havia autorização da Prefeitura para construção. Portanto, as negociações foram feitas por conta e risco da própria loteadora.

À evidência, os lotes objeto de rescisão contratual retornaram ao estoque da apelante que os comercializou novamente, pelo preço de mercado.

O suposto prejuízo teria decorrido da *atuação imprudente e inusitada (falta ou modificação de planejamento) da Administração* (f. 20).

Ocorre que os alegados aborrecimentos durante a vigência do Decreto nº 14.115, de 2004 a 2006, ao contrário do que alega a apelante, não tiveram força para abalar o seu empreendimento e muito menos a sua credibilidade, já que todos os lotes foram vendidos e o loteamento foi um sucesso.

A existência de ato ilícito, do qual decorreria dano passível de ser indenizado, não foi demonstrado pela apelante.

Theotônio Negrão, por seus atualizadores, em nota ao parágrafo único do art. 927, do Código Civil, lembra que *a responsabilidade objetiva libera a vítima apenas da prova da culpa. Ela não dispensa a prova do dano e do nexo de causalidade. Sem a prova desses dois elementos, não se cogita da obrigação de reparação*[3].

Conclui-se que a prova produzida não conduz à responsabilidade do Município pela simples edição de decreto expropriatório – ato lícito que tem por finalidade o interesse público, certo que o dano hipotético não é indenizável.

No mesmo sentido, leciona Antonio Jeová Santos: "*Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo*

Acesso ao Sumário

3 Código Civil e legislação civil em vigor, Saraiva, 31ª ed., p. 335

uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si só, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral reparação"[4].

Nessas circunstâncias, não se vê como possa o § 6º do art. 37 da Constituição da República dar guarida à pretensão. Ou os artigos 186 e 187 do Código Civil.

Em suma, os elementos trazidos aos autos não evidenciam a ocorrência de atuação lesiva da Administração, inexistindo, por via de consequência, o nexo de causalidade entre o dano afirmado e a conduta administrativa.

Não havendo abalo na imagem da autora, não há falar-se em reparação moral.

A honorária foi arbitrada de forma equilibrada – 15% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do § 3º do art. 20, do CPC, compatível com a complexidade da demanda, nada justificando sua redução ou inversão. Não foram malferidos os princípios da sucumbência e da causalidade.

A resp. sentença deu solução correta à lide, ratificados os seus fundamentos nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal.

Isto exposto, nego provimento ao recurso.

Sujeitar-se-ão a julgamento virtual embargos de declaração que venham a ser tirados do acórdão. No caso a objeção deverá ser manifestada no prazo de sua oposição.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4018502-14.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, são apelados

4 Dano Moral Indenizável, RT, 4ª ed., p. 113

DOUGLAS FERREIRA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA) e PATRÍCIA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 21.738)**

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: MANDADO DE SEGURANÇA – Negativa da impetrada em fornecer atendimento especial aos impetrantes, em razão de suas convicções religiosas, para a realização de exame de ingresso no curso de mestrado – Impossibilidade – Liberdade de crença inserta no art. 5º, incisos VI e VIII, da Constituição Federal – Perda superveniente do interesse processual – Inocorrência – A concessão do atendimento especial para a realização da prova se deu por força de liminar, o que não acarreta a extinção do feito nos termos do art. 267, inc. VI do CPC – Necessidade de confirmação ou revogação da tutela de urgência – Segurança concedida na 1ª Instância – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por DOUGLAS FERREIRA DE ALMEIDA E OUTRA contra ato do Sr. COORDENADOR ACADÊMICO INSTITUCIONAL DO PROFMAT DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, consistente em negar o atendimento especial para a realização de exame de ingresso no mestrado profissional pleiteado pelos impetrantes, que são adeptos da Igreja Adventista do Sétimo Dia, e em razão das suas convicções religiosas, guardam o período entre o pôr do sol de sexta-feira e o do sábado.

A r. sentença de fls. 109/110, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar (fls. 61) que assegurou o ingresso dos impetrantes no local do exame, juntamente com os outros candidatos, ficando incomunicáveis e sob supervisão até às 18h (pôr do sol), horário em que lhes foram entregues as provas, preservando, assim, a incomunicabilidade e adequando-se o processo

Acesso ao Sumário

seletivo às convicções religiosas alegadas.

A UNICAMP ingressou nos autos como assistente litisconsorcial e em suas razões recursais (fls. 114/121), pretende a reforma do *decisum* para que a ação seja julgada extinta sem julgamento do mérito, por perda superveniente do interesse de agir. Alega, no mais, que o tratamento especial requerido pelos impetrantes viola o princípio da isonomia, o qual a Universidade deve obediência, em conformidade com o disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Contrarrazões às fls. 124/131, pelo improvimento do apelo, mantendo-se incólume a decisão combatida.

Feito remetido diretamente à Mesa, em atenção ao disposto no artigo 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Coordenador Acadêmico Institucional do PROFMAT da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, consistente em indeferir o pedido administrativo de atendimento especial, com fundamento em convicções religiosas, para a realização de prova de ingresso no curso de mestrado profissional.

Não há que falar na hipótese de perda superveniente do interesse de agir e, consequentemente, da extinção do processo, sem julgamento de mérito. Isso porque, conquanto a impetrada tenha acatado a decisão judicial que concedeu a liminar, curvando-se à força coercitiva do ato, certo é que, em princípio, a demandada negou a existência de tal direito, indeferindo a solicitação formulada pelos impetrantes administrativamente, restando-lhe somente o socorro ao Judiciário.

Acerca do conceito de 'interesse de agir', confira-se o *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Theotonio Negrão, São Paulo, 45ª edição, 2013, Ed. Saraiva, p. 110: "*Art. 3º: 4. O conceito de interesse processual (arts. 267-VI e 295-caput-III) é composto pelo binômio necessidade-adequação, refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto*".

Diante da liminar concedida pelo juízo *a quo* os impetrantes conseguiram o atendimento especial para realização da prova de ingresso no curso de mestrado profissional em matemática promovido pela UNICAMP no dia 31/08/2013 (fls. 76/79).

A efetivação da tutela de urgência deferida *initio litis* e o superveniente desinteresse do beneficiário da tutela, não significa o exaurimento da matéria controvertida, tampouco a elisão do objeto do *mandamus*.

As decisões liminares visam resguardar os direitos que não podem esperar

Acesso ao Sumário

o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para a prolação da sentença. Assim, não possuem o condão de satisfazer o direito invocado em juízo, tendo em vista que se trata de medida de caráter provisório, fundada em cognição sumária e passível de revogação ou modificação.

Veja-se que com a concessão da segurança, em definitivo, a satisfatividade ocorrerá no plano jurídico, sendo certo que a satisfação no plano dos fatos ou a realização do direito no âmbito social, configura-se apenas como uma sensação provisória de vantagem, obtida por meio de decisão não definitiva proferida no processo.

Certamente o critério empregado para a concessão da liminar não se confunde com a cognição exauriente que se faz para prolatar o julgamento de mérito da causa. Aquele primeiro momento corresponde a tentativa de resguardar direito indispensável dos cidadãos, em face do princípio da segurança jurídica, enquanto que a sentença é fundada em cognição definitiva, e o traço declarativo do provimento judicial se traduz em certeza.

Portanto, os impetrantes ainda fazem jus à entrega da jurisdição, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado, nos termos do artigo 459, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça:

"*MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. CUMPRIMENTO DA LIMINAR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. Não configuração da hipótese de extinção do processo sem apreciação de seu mérito. Inocorrência da hipótese de tutelas de urgência satisfativas, tampouco irreversíveis no aspecto jurídico. Prevalência do interesse da parte para solução da lide enfrentando o substrato da demanda. Necessidade de confirmação ou revogação da tutela de urgência. (...) NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADO O REEXAME NECESSÁRIO.*" (AC nº 0000076-89.2012.8.26.0297, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR – j. 18.12.2013)

Acesso ao Sumário

"*MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante matriculada em instituição pública de ensino superior no estado do Pará (UFPA). Transferência 'ex officio' do seu genitor, empregado de empresa pública (EMBRAPA). Negada solicitação de matrícula na Unicamp. Concessão de liminar. Cumprimento da ordem. Sentença de procedência. Perda do interesse de agir. Inocorrência. Necessidade de socorro ao Judiciário. Reversibilidade do ato administrativo. Necessidade de garantia da segurança. Recurso desprovido.*" (AC nº 0016090-52.2011.8.26.0114, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARCELO SEMER – j. 02.12.2013)

"*MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE ATA NA JUCESP. PERDA DO INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA. Impetrante que somente*

logrou êxito em registrar ata junto a JUCESP em razão de liminar concedida. Extinção da ação sem resolução de mérito que retiraria o amparo que sustentou o ato em questão. Reforma da r. sentença para que ação seja julgada com resolução de mérito, convalidando-se assim a liminar concedida. Recurso provido." (AC nº 041611-56.2009.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. NOGUEIRA DIEFENTHÄLER – j. 15.08.2011)

"*Ação de restituição de documentos e de bens móveis cumulada com pedido cominatório. Perda do objeto. Acesso aos documentos em face de liminar concedida em outra ação – Falta de interesse processual superveniente. Inocorrência – Questão ainda não foi decidida com definitividade – Extinção sem julgamento do mérito – Recurso provido para afastar a sentença. A questão discutida ainda não foi decidida com definitividade, pois a liminar concedida na ação de prestação de contas possui caráter provisório, visa ao ajustamento da lide até a sentença, podendo inclusive ser revogada, alterando a situação entre as partes.*" (AC nº 9057052.88.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. JESUS LOFRANO – j. 10.05.2011)

Logo, não há que se falar em extinção do feito sem resolução do mérito. Os recorridos ainda detém interesse de agir na pretensão, posto que a garantia do direito líquido e certo se deu por força de liminar.

E quanto ao mérito propriamente dito, nada há que se rever, devendo ser convalidada a liminar concedida. O pedido formulado pelos impetrantes, de atendimento especial para a realização da prova de ingresso no mestrado, motivou-se na guarda religiosa, isto é, o recolhimento religioso, *in casu*, do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado, constitucionalmente assegurado.

E o artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, garante que ninguém se verá privado de direito por motivos de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política. Confira-se:

"*Art. 5º –- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

VIII –- ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"

No mesmo diapasão, já se posicionou inúmeras vezes esta Corte, incluindo-se esta C. Sexta Câmara de Direito Público:

"*EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. LIBERDADE RELIGIOSA. GUARDA RELIGIOSA. Aluno da rede pública de ensino que foi reprovado em disciplinas escolares por não ter obtido deferimento no pedido de substituição das atividades por motivo de guarda religiosa. Religião. Adventista*

Acesso ao Sumário

do Sétimo Dia. Guarda religiosa do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado. Dever de cumprimento do art. 5º, VIII, da Constituição Federal e da Lei Estadual nº 12.142 de 2005, que garantem o respeito à guarda religiosa por meio da substituição das atividades escolares. Nega-se provimento ao recurso." (AC nº 0046027-58.2010.8.26.0562, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 24.09.2013)

"*LIBERDADE DE CRENÇA. Constitucional. Impetrante, professora da rede pública estadual que teve determinação de reposição de aulas, a serem ministradas aos sábados, e não o fazendo, por ser adventista do sétimo dia e sua religião guardar o dia de sábado, sofreu descontos em seus vencimentos. Inadmissibilidade. Liberdade de crença inserta no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal. Liminar deferida para que a impetrante reponha aulas de forma a não violentar sua consciência religiosa. Aulas que podem ser repostas em dias da semana com o prolongamento de horário de aulas. – Sentença mantida. Recurso improvido.*" (AC nº 0203502-17.2010.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS, j. 11.12.2012)

"*APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de segurança. Jornada de trabalho. Reposição de aulas aos sábados. Docente que professa a religião cristã Adventista do Sétimo Dia. Dever de guardar o dia de sábado. Ordem parcialmente concedida. Liberdade de crença resguardada. Pretensão de reforma. Inadmissibilidade. Prestação alternativa permitida. Precedentes deste Egrégio Tribunal. Manutenção da sentença, nos termos do artigo 252 do RITJSP. Não provimento do recurso, com solução extensiva ao reexame necessário.*" (AC nº 0023569-03.2012.8.26.0554, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARIA OLÍVIA ALVES, j. 18.03.2013)

Desta feita, caracterizada a ofensa a direito líquido e certo na hipótese, a concessão da ordem é medida que se impõe, não merecendo qualquer reforma o r. *decisum* monocrático, proferido em consonância com os argumentos acima articulados. Não se vislumbra, para fins de prequestionamento, qualquer violação aos dispositivos legais e constitucionais invocados pelas partes.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017566-27.2011.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante APARECIDA DOS SANTOS TESTI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTUPORANGA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Convertido em diligência o julgamento.

V.U. Declarando voto o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente), XAVIER DE AQUINO e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 8 de abril de 2014.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA – Animais domésticos – Políticas de saúde pública que autorizam o sacrifício do animal enfermo, nos casos que especifica – Possibilidade – Análise do caso concreto que não afasta a possibilidade de aplicação da referida norma – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido, com observação.

VOTO

Apelação contra a r. sentença de fls. 302/304 que julgou improcedente ação declaratória, com pedido de suspensão de eutanásia de cão, de propriedade da autora, mantendo a aplicação da portaria interministerial 1.426/08.

Recorre a autora (fls. 105/112) apontando a não confirmação da enfermidade do animal e a ineficácia do procedimento pretendido, não se justificando o sacrifício do animal. Pede provimento ao apelo.

Apelação tempestiva, com gratuidade; contrarrazões às fls. 347/349.

Parecer da Procuradora de Justiça pela anulação da sentença ou provimento do recurso (fls. 357/363).

É o relatório.

A autora pretende obter decisão que suspenda a "eutanásia da cachorra Nina" e submeta o animal a tratamento adequado, sem os impedimentos referidos na Portaria 1.426/08, que estabelece restrições ao tratamento de animais portadores de Leishmaniose com produtos de uso humano ou não registrados.

A adoção de políticas públicas relativas a área de saúde deve, como regra, ser realizada por meio de legislação específica e regulamentada pelos órgãos técnicos.

Conforme noticiado na inicial existe projeto de lei em andamento para alterar a disciplina existente (PL 1.738/11), com notícia no *site* da Câmara dos Deputados no sentido de que a audiência pública realizada confirmou tratar-se de matéria sem consenso técnico a respeito do tema.

Existe igualmente informação de que o Tribunal Regional Federal acolheu

Acesso ao Sumário

ação para afastar a incidência da referida portaria interministerial, decisão, ao que consta, não transitada em julgado.

Nestes autos, analisa-se, contudo, situação específica de um animal, nos termos do pedido inicial, o que deve ser feito, com base nas normas ainda vigentes e prova existente nos autos.

Nenhuma prova técnica foi feita nesta ação, pretendendo a autora tão somente a produção de prova testemunhal (fls. 203), que não se realizou, nem poderia autorizar as conclusões pretendidas no apelo.

Informa o Promotor de Justiça que atuou no feito "**que a autora, por sonegar seu cão aos funcionários do 'Centro de Zoonoses de Votuporanga' para que novos exames fossem realizados, foi processada por esta Promotoria de Justiça no âmbito do 'JECRIM'**, por incursão no art. 268 do Código Penal" (fls. 298).

Assim, diante da conduta da própria autora, impedindo a realização de novo exame no animal e desinteresse de produzir tal prova nestes autos, não se pode afirmar a inexistência da doença, como alegado; não se sabe, ainda, seu estágio e gravidade, para fins de saúde pública.

Em consequência, mesmo admitindo a possibilidade de tratamento, o pedido é específico para um animal e, para ele, não se sabe a viabilidade de outra conduta.

Compreende-se o interesse na proteção do animal, que corresponde ao interesse geral de proteção a todas as formas de vida, e a afetividade existente, todavia, a avaliação do procedimento adequado deve ser feito em cada caso, pelas autoridades competentes, diante do inegável reflexo para a coletividade.

A possibilidade, em tese, de outra solução, não autoriza medida específica para o caso trazido em Juízo pela autora, no qual era preciso e necessário avaliação própria, não realizada.

Anoto, então, que o animal deve ser submetido a avaliação técnica e, após, poderá a autoridade sanitária pela aplicação ou não da referida portaria, cuja invalidade não é declarada nesta ação.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso, com observação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 25.815)

Ementa: Se as estruturas da mente humana permanecerem imutáveis, vamos sempre terminar

recriando fundamentalmente o mesmo mundo, os mesmos males, o mesmo distúrbio (Eckhart Tolle – O Despertar de uma nova Consciência)

Trata-se de AÇÃO DECLARATÓRIA proposta por APARECIDA DOS SANTOS TESTI contra o MUNICÍPIO DE VOTUPORANGA, objetivando que a municipalidade se abstenha de retirar o animal de estimação de nome "Nina" do âmbito de convivência da apelante, abstendo-se de aplicar-lhe a eutanásia e submetendo-a a tratamento adequado, caso desenvolva a leishmaniose visceral canina, ou ainda, na hipótese de sacrifício do cão, a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

Prima facie, depreende-se dos autos que a apelante juntou, à fartura, artigos e trabalhos técnico-acadêmicos, no sentido de demonstrar que a atual política de combate à leishmaniose visceral canina adotada pelo poder público – estabelecida a partir do decreto nº 51.838, de 14 de março de 1963 – é incoerente e obsoleta, visto que, ao contrário do que se verifica nos demais países que também enfrentam a moléstia, não prioriza o controle do vetor (mosquito transmissor), mas sim a busca e eliminação do hospedeiro (especialmente cães), conforme determinam os artigos 7º, 8º e 9º do citado diploma.

Inicialmente, no que tange à metodologia de diagnóstico atualmente empregada (testes de reação de imunofluorescência indireta – RIFI – e ensaio imunoenzimático – ELISA), severas são as críticas, tendo em vista que tais exames possuem baixa especificidade, o que gera, com larga frequência, um diagnóstico "falso positivo".

A respeito, esclarecem Célia Maria Ferreira Gontijo e Maria Norma Melo, no artigo intitulado "Leishmaniose Visceral no Brasil: quadro atual, desafios e perspectivas", publicado na Revista Brasileira de Epidemiologia, volume 07, nº 03, ano 2004 (fls. 44/52) que:

> "No Brasil, os testes mais utilizados no diagnóstico de LV humana e canina são a RIFI e ELISA, sendo considerados, sobretudo este último, testes de escolha para inquéritos populacionais.
>
> A RIFI apresenta baixa especialidade, exige na sua execução pessoal treinado, é uma reação dispendiosa e não está adaptada para estudos epidemiológicos em larga escala. (...)
>
> O teste de ELISA é o mais utilizado para imunodiagnóstico de leishmaniose visceral. É um teste rápido, de fácil execução e leitura, sendo um pouco mais sensível e um pouco menos específico que a RIFI. (...)
>
> (...)
>
> Estes antígenos apresentam reações cruzadas com outras espécies da família Trypanosomatidae, e mesmo com microorganismos filogeneticamente distantes. Portanto, no diagnóstico sorológico da LV

Acesso ao Sumário

> é necessário considerar o diagnóstico diferencial com outras doenças." (fls. 47/48).

Por sua vez, em relação a atual forma de combate, o professor de Medicina Veterinária da PUC-Minas Vitor Márcio Ribeiro, no artigo "Prevenção da Leishmaniose Visceral Canina no Brasil" (fls. 163/177) pondera que:

> "O Manual de controle de LV que dispõe sobre a vigilância e controle da LV, determina que cães sororeagentes nos exames de ELISA e/ou Reação de Imunofluorescência Indireta (RIFI) com título igual ou superior 1:40, sintomáticos ou não, devem ser eliminados (BRASIL, 2006). Essa estratégia, apesar de sistematicamente utilizada, tem apresentado resultados controversos, tornando-a, entre todos os métodos propostos para controle da doença, o mais controverso e o menos aceito pela sociedade (OLIVEIRA et al., 2008). Diversas publicações têm demonstrado que o impacto da eliminação dos cães no controle da LV não alcança resultados que a justifiquem operacionalmente. Segundo Costa & Vieira (2001), o programa de eliminação de cães domésticos apresenta o menor suporte técnico-científico entre as estratégias do programa de controle da LV no Brasil. Dye (1996), através de estudos matemáticos concluiu que, em escala de importância, a eliminação de cães soropositivos é a que ocupa a menor importância e deveria ser a terceira medida adotada. Trabalhos realizados no Brasil com intervenções controladas no reservatório canino não puderam concluir pela eficiência desta ação." (fls. 164).

Diga-se que, ao final, conclui o citado autor que "a orientação ainda é centrada no sacrifício de cães, o que ao nosso ver é a sedimentação do equívoco" (fls. 170), pois "a eliminação de cães que deveria servir como instrumento para diminuir a ocorrência da LCV parece influenciar mais na estrutura da população canina do que no seu tamanho, e as implicações epidemiológicas resultantes de uma população canina mais jovem podem ser graves" (fls. 165).

Diante disto, defende-se no meio acadêmico que a melhor solução seria, a exemplo do que ocorre com a dengue, o combate ao vetor da doença. Nesse sentido, o escólio de Amanda Claudia Oliveira, Nayara da Silva Antonio e Adriana Piccinin, no artigo "Controle e Tratamentos da Leishmaniose Visceral Canina", publicado na Revista Científica Eletrônica de Medicina Veterinária, ano VI, número 10, janeiro de 2008 (fls. 118/122), *verbis*:

> "O combate ao vetor é defendido como a principal medida para o controle da leishmaniose humana e canina (Dye, C., 1996). O uso de inseticidas residuais no interior das casas e abrigos de animais é considerado eficiente para reduzir a população peridoméstica dos flebótomos e consequentemente, a transmissão parasitária (Genaro, O., et al., 2000).
>
> Ainda não foram relatados, no Brasil, casos de resistência aos inseticidas comumente utilizados. Recentemente, foram divulgados experimentos

Acesso ao Sumário

com coleiras impregnadas com deltametria, mostrando resultados promissores para proteção dos cães e consequentemente quebra do ciclo da transmissão (Killick-Kendrick R., et al., 1997).”

Portanto, é uníssono no âmbito científico que a forma de combate à leishmaniose adotada no Brasil está longe de ser a melhor adotada, pois não atinge o real transmissor, detectando a moléstia em apenas um dos potenciais hospedeiros (cães) através de métodos arcaicos e comprovadamente falhos e, sob a égide de pretensa supremacia do interesse público sobre o particular, os pune com o sacrifício, sem a possibilidade de efetivo tratamento, o que, numa análise mais aprofundada, não deixa de se assemelhar, com as devidas proporções, a antigas políticas de purificação racial, adotadas sobretudo pelo regime nazista.

Aliás, juridicamente também não se adequa o decreto nº 51.838/1963 à Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978, bem como ao Texto Constitucional de 1988, razão pela qual é forçosa a conclusão de que a norma objurgada sequer fora recepcionada pela Carta Magna.

Outrossim, oportuna a análise acerca da ilegalidade da Portaria Interministerial nº 1426, de 11 de julho de 2008, que veda a utilização de produtos de uso humano ou não registrados no tratamento de cães acometidos pela leishmaniose.

Com efeito, o atacado ato normativo, ao coibir a terapia a ser aplicada no tratamento canino da leishmaniose, determinando qual medicação (não) deve ser aplicada ao caso, não só macula o respeito à vida e integridade do animal, mas também a garantia constitucional de livre exercício profissional do médico veterinário, visto que impõe severas limitações às formas de tratamento possíveis, praticamente encaminhando o cão à eutanásia, o que contraria o Código de Ética do Médico Veterinário (Resolução nº 722, de 16 de agosto de 2002, do Conselho Federal de Medicina Veterinária).

Sobre o tema, emblemático o julgamento da apelação cível nº 0012031-94.2008.4.03.6000/MS, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de relatoria do Juiz Federal Convocado David Diniz, j. 13.09.2012, cuja ementa se transcreve:

“PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 1.426 – MAPA. CÃES INFECTADOS PELA LEISHMANIOSE VISCERAL. PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS DE USO HUMANO OU NÃO REGISTRADOS NO MAPA. QUESTÃO DE DIREITO. ILEGALIDADE. LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE VETERINÁRIO. LEI N.º 5.517/68. ARTIGOS 1º, 5º, ALÍNEAS A, C E D, E 6º, ALÍNEAS B E H. ARTIGO 16 LEI N.º 5.517/68. CÓDIGO DE ÉTICA DO MÉDICO VETERINÁRIO. ARTIGO 10 DA RESOLUÇÃO N.º 722/2002. DECISÃO ACERCA DA PRESCRIÇÃO DO TRATAMENTO AOS ANIMAIS E RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS A SEREM EMPREGADOS. PRERROGATIVA DO VETERINÁRIO. AFRONTA À LEGISLAÇÃO PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE. LEI N.º

Acesso ao Sumário

9.605/98. CRIMES CONTRA A FAUNA. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. REFLEXA. HONORÁRIOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Cinge-se a discussão à possibilidade ou não de a Portaria Interministerial n.º 1.426, de 11 de julho de 2008 – MAPA proibir a utilização de produtos de uso humano ou não registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para o tratamento de cães infectados pela leishmaniose visceral.

(...)

3. A Portaria n.º 1.426 é ilegal, porquanto extrapola os limites tanto da legislação que regulamenta a garantia do livre exercício da profissão de médico veterinário, como das leis protetivas do meio ambiente, em especial da fauna.

4. No tocante ao exercício profissional, a Lei n.º 5.517/68 ressalta, dentre as atribuições do veterinário, a prática da clínica em todas as suas modalidades, a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma, o planejamento e a execução da defesa sanitária animal, o estudo e a aplicação de medidas de saúde pública no tocante às doenças de animais transmissíveis ao homem e as pesquisas e trabalhos ligados à biologia geral, à zoologia, à zootecnia bem como à bromatologia animal em especial, consoante se observa dos artigos 1º, 5º, alíneas a, c e d, e 6º, alíneas b e h. A mesma lei, que igualmente cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária, consigna dentre as atribuições do CFMV, a expedição de resoluções para sua fiel execução e a organização do respectivo Código de Ética. Com base no mencionado artigo 16 da Lei n.º 5.517/68 é que foi editado o Código de Ética do Médico Veterinário, consubstanciado na Resolução n.º 722, de 16 de agosto de 2002, cujo artigo 10 preceitua a liberdade do veterinário na prescrição do tratamento que considerar mais indicado, incluídos os recursos humanos e materiais que entender necessários ao desempenho da profissão.

5. Resta claro, com base no aludido arcabouço normativo, que ao veterinário é que cabe decidir acerca da prescrição do tratamento aos animais, bem como quanto aos recursos humanos e materiais a serem empregados. A portaria, ao vedar a utilização de produtos de uso humano ou não registrados no competente órgão federal, viola os referidos preceitos legais e, por consequência, indiretamente, a liberdade de exercício da profissão, prevista no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, assim como o princípio da legalidade, que consta do inciso II.

(...)

11. Apelação provida"

Acesso ao Sumário

Insta consignar que o Pretório Excelso, ao analisar o pedido de Suspensão de Liminar nº 677, não vislumbrou qualquer incoerência ou ilegalidade no aresto *supra*, consoante decisão de lavra do Ministro Joaquim Barbosa, *litteris*:

"Pelo que se pode extrair das manifestações contidas nestes autos, o tratamento de cães com leishmaniose visceral apresenta peculiaridades e deve ser acompanhado por médico veterinário, de maneira a mitigar os riscos à saúde dos animais e da coletividade em geral. Devem ser adotados métodos seguros e transparentes de controle dos resultados, bem como exigências relacionadas à responsabilização dos proprietários, no sentido de impedir que os animais tratados venham a constituir focos de disseminação da doença.

Sob esse ângulo, o acórdão que a União pretende suspender limitou-se a permitir que a associação autora da ação cautelar possa adotar providências adequadas no encaminhamento da questão, sem que tenha sido demonstrada grave lesão à saúde pública.

(...)

O alcance da decisão impugnada é a mitigação de uma das providências incluídas no programa, a qual foi considerada drástica e até mesmo cruel pelo acórdão que a União pretende suspender, no sentido normalmente empregado para descrever as práticas que esta Corte considera vedadas pelo inc. VII do § 1º do art. 225 da Constituição (vejam-se, por exemplo, o célebre caso da farra do boi, RE 153.531, rel. p. acórdão min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 13.03.1998, e a recente reafirmação do entendimento protetivo no que se refere às brigas de galo, ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, Pleno, DJe 14.10.2011)."

A propósito, registro que, no artigo de minha autoria intitulado "A defesa dos Animais e a Reforma do Código Penal", publicado no jornal "O Estado de Minas" em 15.10.2012, bem como na Declaração de Voto que realizei nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0477571-36.2010.8.26.0000, defendi o pleno respeito que o ser humano deve ter à vida animal, abolindo-se maus tratos, em razão do imenso sofrimento que, embora não sentido pelo ser Homem, é suportado pelo animal, conforme trecho do artigo a seguir:

"Já foi o tempo em que se dizia que os animais, em virtude de não terem alma, não teriam o condão de entendimento e, pasmem, por via de consequência, não estariam sujeitos a sofrimento. Com todas as vênias, esse obsoleto e absurdo posicionamento chega a ser risível, na medida em que muito não se precisa fazer para se chegar à ineludível conclusão de que os animais, como os humanos, sentem dor, fome, frio etc., razão pela qual nem se argumente que uma lagosta quando é retirada do aquário e colocada em uma panela com água fervente para ser cozinhada nada sofre. Antes, pelo contrário, tem ela as mesmas aflições e agonias que qualquer ser humano.

Imagine-se o leitor em situação, que tal!

Aqueles que sustentam que os maus-tratos podem ser infligidos aos animais, na medida em que esses não têm consciência de seus direitos, circunstância que seria a pedra de toque que os diferenciaria dos seres

Acesso ao Sumário

> humanos, se equivocam, bastando dizer que os deficientes mentais de toda ordem (incluindo-se aqui, é claro, os dementes), as crianças até certa idade, os índios não socializados, enfim, todas aquelas pessoas elencadas nos artigos 3º e 4º do atual Código Civil estariam sujeitos à submissão ao sofrimento, porquanto, por vezes, não têm conhecimento de nada."

Portanto, considerando que a atual política de combate à leishmaniose no Brasil é cientificamente inapropriada e juridicamente inconstitucional e ilegal, aliada ao fato de que não consta dos autos que a cadela "Nina" se encontrava, quando da instrução processual, enferma, o que se vislumbra através de exames juntados pela autora à época da propositura da demanda (fls. 20 e 72/73); e não sendo o caso em questão indicativo de uma epidemia, mas sim, de caso isolado indicativo de, quando muito, mero foco da doença (o que, portanto, foge da *ratio legis* do decreto nº 51.838/1963), inexistem provas que obstem o acompanhamento e tratamento clínico do cão, segundo a melhor terapia a ser ministrada por profissional médico veterinário.

Cabe, contudo, a ponderação de que, consoante bem ventilado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, "não há nos autos o resultado do teste efetuado pelo funcionário municipal do Centro Municipal de Zoonozes do Município de Votuporanga" e de que "os resultados constantes dos autos (fls. 20, 72/73) foram produzidos unilateralmente pela apelante", de maneira que "não se tem notícia das condições de saúde do cão 'Nina', já que passados quase dois anos" (fls. 358), motivo pelo qual pleiteou a conversão do julgamento em diligência, para a "realização de outro exame" (fls. 362), em consonância com posicionamento desta Egrégia Corte em caso análogo, de relatoria do eminente Desembargador Magalhães Coelho:

> "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão de que seja entregue cachorro para a Municipalidade para que seja realizada eutanásia, sob o fundamento de ter sido o animal contaminado por Leishmaniose – Exames apresentados pela ré que indicam o contrário – Anulação da decisão de procedência, para que seja determinada a realização de novo exame – Artigo 130 do Código de Processo Civil – Recurso parcialmente provido" (Apelação Cível nº 0007761-83.2011.8.26.0168 – Franca, 7ª Câmara de Direito Público, j. 24.06.2013).

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso, devendo a municipalidade se abster de retirar o animal de estimação "Nina" do convívio da apelante, promovendo-lhe o devido acompanhamento e tratamento veterinário, restando prejudicado, via de consequência, o pleito alternativo de reparação moral por eventual eutanásia do cão.

Ou, quando não, pelo princípio da eventualidade, deve então o julgamento ser convertido em diligência, a fim de que seja determinada a realização de outro

Acesso ao Sumário

exame clínico no animal, devidamente acompanhado pelo Centro de Zoonozes do município, em laboratório credenciado e aceito por ambas as partes, nos termos do Parecer Ministerial de fls. 357/363.

XAVIER DE AQUINO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0236358-68.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL, é apelada MARIÂNGELA LUZ DIOGO FRANCISCO.

ACORDAM, em 2ª 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. Fabio Minoru Maruiti", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.711)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e MAURÍCIO FIORITO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA – Cerceamento de defesa – Eiva não configurada – Instituto AERUS de Seguridade Social – Plano de pecúlio – Aeronauta – Pretensão voltada ao pagamento de pecúlio por Perda do Certificado de Habilitação Técnica – Cabimento – Incapacidade permanente para o exercício laboral que, segundo perícia médica, resulta do diagnóstico de Transtorno Depressivo Recorrente Moderado e Transtorno de Personalidade Emocionalmente Instável – Patologias associadas ao tratamento frustrado de infertilidade a que foi a autora submetida – Tratamento considerado adequado para o caso, segundo indicação de profissional especializado na área – Procedimento, cuja execução, não constitui causa excludente da obrigação – Não se pode penalizar a autora com a exclusão do benefício a que faz jus por ter buscado a cura de sua doença por meios legítimos,

Acesso ao Sumário

admitidos como válidos pela ciência médica, pois tal implica em grave violação ao princípio da dignidade humana (Constituição Federal, artigo 1º, inciso III) – E, ainda que se considere o fato de que o insucesso do tratamento poderia levar ao agravamento dos estados de ansiedade e depressão que há muito a acompanhava, não se poderia dela exigir, nas circunstâncias, conduta diversa, pois a geração de filhos constitui aspecto fundamental da condição humana, atingindo sua privação, de modo particularmente intenso, a mulher que busca a maternidade – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por Mariângela Luz Diogo Francisco contra o Instituto AERUS de Seguridade Social, em que busca a autora obter o pagamento de *Pecúlio por Perda do Certificado de Habilitação Técnica*, em aberto.

A r. sentença de fls. 538/543, integrada às fls. 550 e cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R$ 84.622,32, a ser corrigida desde a última parcela paga a título de pecúlio temporário (29/04/05), acrescida de juros legais de 1% ao mês, a partir da citação, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor do débito.

Inconformado, o réu apelou; inicialmente, alega nulidade, por cerceamento de defesa, eiva que, a seu juízo, resultou do julgamento antecipado da lide, e, ainda, por vício de fundamentação (art. 93, inciso IX, da CF c.c. art. 458, CPC), uma vez que a sentença não se pronunciou sobre os efeitos da liquidação do plano de pecúlio em relação à presente demanda, nem tampouco sobre a impossibilidade de fluência dos juros enquanto não pago integralmente o passivo do plano liquidado; quanto ao tema de fundo, a afirmação é de que a autora não faz jus ao pecúlio reclamado, porquanto o Regulamento do plano de previdência em questão é bastante claro ao estabelecer que o pecúlio não cobre a perda de *Certificado de Habilitação Técnica* do aeronauta na hipótese em que a doença incapacitante resultar, direta ou indiretamente, de *ato voluntário do participante* ou da *exposição deliberada a perigo excepcional*; no caso, a autora foi considerada definitivamente incapaz para o exercício de sua atividade laborativa por causa de diversos tratamentos de fertilização que realizou os quais, sem o êxito almejado, acabaram por agravar a patologia psíquica que, desde a adolescência, a acometia; ao contrário do que consta da r. sentença apelada, a cláusula em discussão não exige que o beneficiário tenha consciência

Acesso ao Sumário

do agravamento de um risco; para sua aplicação, é suficiente que incapacidade permanente tenha resultado de um ato voluntário do beneficiário, situação que, na hipótese versada, de fato ocorreu, ou, ainda, de uma exposição a perigo excepcional, situação esta que resulta do fato de ter a autora decidido pelo tratamento de fertilidade quando já contava com a idade de 44 (quarenta e quatro) anos; a negativa questionada também decorre do fato de a autora ter omitido ser portadora de distúrbio psicológico preexistente (cláusula XII); finalmente, aduz que, em virtude da liquidação extrajudicial do PPCHT, todos os participantes do plano, aí incluída a autora, devem submeter-se a concurso universal de credores, não sendo cabível a contagem de juros enquanto não liquidado o passivo; bate-se, pois, pelo provimento.

Recurso admitido e respondido (fls. 577/585).

É o relatório.

De início, cumpre afastar a alegação de nulidade por cerceamento de defesa.

Com efeito, bem analisada a questão, chega-se à conclusão de que a prova existente nos autos é bastante o suficiente para o desate da controvérsia, o que, na forma do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, leva mesmo ao julgamento antecipado da lide, *verbis: o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.*

A propósito, cumpre anotar: (...) *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 o seu convencimento* (REsp. n. 102303/PE, rel. Min. Vicente Leal), de modo que, *se nos autos existem elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador, o julgamento antecipado da lide não implica em nulidade* (STJ, Ag 14.952/DF-AgRg).

A alegação de nulidade por vício de fundamentação confunde-se com o mérito e como tal será apreciada.

Com efeito, consta dos autos que, em 1986, autora, então funcionária da já extinta empresa Varig S/A, inscreveu-se no ***Plano de Pecúlio por Perda de Certificado de Habilitação Técnica*** (PPCHT), mantido pelo Instituto AERUS de Seguridade Social.

Decorridos mais de 15 (quinze) anos do início da obrigação, em várias oportunidades, a partir dezembro de 2002, veio ela a ser afastada de suas atividades profissionais, por motivo de doença, tendo a junta médica encarregada da perícia, na ocasião, diagnosticado sua incapacidade temporária para o trabalho,

Acesso ao Sumário

em virtude de *ansiedade generalizada* (CID F41.1), ***infertilidade feminina associada à anovulação*** (CID N97.0); *gestação, aborto retido, depressão moderada* (CID F32.1) (fls. 25/26), passando então a receber mensalmente do réu 1/36 (um trinta e seis avos) do valor estabelecido para o PPCHT, segundo regra de concessão temporária (cláusula VI).

Finalmente, em abril de 2005, a autora foi submetida a nova perícia médica que a considerou definitivamente incapaz para o exercício de sua atividade profissional, por ser portadora de *Transtorno Depressivo Recorrente Moderado* (CID F33.1) e *Transtorno de Personalidade Emocionalmente Instável* (CID F60.3) (fls. 26).

Requereu então ao réu o pagamento integral do restante do pecúlio, com base na Cláusula VI, letra "b", do Plano de Benefícios que, a tanto, estabelece: *Se a incapacidade temporária transformar-se posteriormente em incapacidade permanente, acarretando a perda definitiva do CHT, o AERUS pagará, de uma só vez, ao participante inscrito no plano a diferença, se houver, entre o total da importância segurada e o que já houver sido pago anteriormente.*

O pleito, contudo, foi indeferido (fls. 154), sob a consideração de que *o afastamento temporário, desde 30.10.2002, decorreu da submissão (voluntária) a tratamento de infertilidade, quando já contava com a idade de 44 anos, e, ainda, que ao atual quadro apresentado de ansiedade e desgaste decorreu de tentativas frustradas de fertilização*, sendo certo que tais situações constituem causas de excludentes do pagamento do pecúlio, conforme disposto na cláusula V, a saber:

> *CLÁUSULA V – DOS RISCOS EXCLUÍDOS*
>
> *Este pecúlio não cobre a perda de Certificado de Habilitação Técnica quando as doenças, desgastes físicos ou lesões corporais, resultarem direta ou indiretamente de:*
>
> *a) ato voluntário do participante (...)*
>
> *b) exposição deliberada a perigo excepcional e desnecessário (excetuados os casos de salvamento de vidas humanas, ou de proteção a carta e aos equipamentos aéreos), ou de ato ilícito do participante.*

Pois bem.

A razão está com a autora.

De início, é de salientar que, durante todo o período de afastamento temporário da segurada, nenhuma das causas apontadas como incapacitantes foi contestada pelo AERUS, em especial, a que se refere à classificação CID 10 – N97.0: *infertilidade feminina associada à anovulação.*

Somente após o pedido de cumprimento integral da obrigação é que os diagnósticos foram tidos por inconvincentes, colocando o réu em questão até

mesmo os pagamentos antes realizados, sob o argumento de que *o afastamento temporário, desde 30.10.2002, decorreu da submissão (voluntária) a tratamento de infertilidade, quando já contava com a idade de 44 anos.*

Ora, a infertilidade feminina associada à anovulação é considerada uma doença, tanto que se encontra incluída como tal na Classificação Internacional de Doenças – CID 10, publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e, justamente por isso, deve ser tratada, de acordo com técnicas e métodos pertinentes.

No particular, restou incontroverso que o tratamento considerado adequado para o caso, segundo indicação de profissional especializado na área, foi o tratamento de fertilização.

Não se pode então penalizar a autora com a exclusão do benefício a que faz jus por ter buscado a cura de sua doença por meios legítimos, admitidos como válidos pela ciência médica, pois tal implica em grave violação ao princípio da dignidade humana (Constituição Federal, artigo 1º, inciso III).

E, ainda que se considere o fato de que o insucesso do tratamento poderia levar ao agravamento dos estados de ansiedade e depressão que há muito a acompanhava, não se poderia dela exigir, nas circunstâncias, conduta diversa, pois a geração de filhos constitui aspecto fundamental da condição humana, atingindo sua privação, de modo particularmente intenso, a mulher que busca a maternidade.

A esse respeito, bem enfatizou a sentença (fls. 540/541):

Então pretenderia o Réu que uma mulher, pelo simples fato de ser vinculada a um plano de pecúlio, deixasse de tentar engravidar porque tal poderia vir a ser interpretado como afrontoso ao contrato – que, diga-se de passagem, não consta tenha sido descumprido por ela na parte em que previa o pagamento das mensalidades?

(...)

Pelo contrário: é bem possível – e na verdade até mais provável – que a Autora tivesse sinceramente previsto uma regressão do quadro ansioso de que padecia, caso conseguisse seu intento de ter um filho.

(...)

Enfim: seja pela impossibilidade de ver licitude numa cláusula contratual que redundasse na proibição de uma contratante de tentar engravidar, seja pela não comprovação de que a Autora tenha tido consciência do agravamento do risco à sua saúde que o tratamento possa ter provado, o certo é que nada autoriza as conclusões verdadeiramente repugnantes extraídas pelo Réu na tentativa de furtar-se ao seu dever contratual.

Por isso, desnecessária a prova pericial por ele pleiteada a fls. 518 – já

Acesso ao Sumário

que nem mesmo um eventual diagnóstico que afirmasse o nexo de causalidade entre o tratamento de infertilidade e o agravamento das condições psíquicas da Autora teria o condão de afastar aqueles obstáculos.

Em verdade, a tentativa do réu em furtar-se ao cumprimento da obrigação que lhe é atribuída representa manifesta afronta aos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade e, por isso, deve mesmo ser rechaçada com veemência, como, aliás, exemplarmente, consta da r. sentença impugnada.

Por fim, cumpre assinalar que as questões ventiladas pelo réu em seu arrazoado, concernentes à solução do crédito aqui reconhecido, hão de ser dirimidas na fase de cumprimento de sentença, ainda não instaurada, sendo certo que *a propalada liquidação extrajudicial* (fls. 189) *não interfere com o mérito da demanda ou com as condições da ação, motivo pelo qual não se exigia pronunciamento judicial sobre o tema por ocasião da sentença* (fls. 550).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003981-55.2013.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante UNIÃO INTERNACIONAL PROTETORA DOS ANIMAIS – UIPA, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPETININGA e SINDICATO RURAL DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente 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 Dra. Julia Nunes Machado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), EUTÁLIO PORTO e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 20 de março de 2014.

PAULO AYROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – AJUIZAMENTO COM O FIM DE COIBIR A REALIZAÇÃO DE RODEIO, COM PRÁTICA DE MAUS TRATOS A ANIMAIS – PRETENSO RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS RELACIONADAS AO TEMA – IMPERTINÊNCIA – AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10, DO STF. Conquanto imprescindível o reconhecimento quanto à vedação de práticas, pela Constituição Federal (art. 225, VII), relacionadas a maus tratos, dores, choques e feridas de toda sorte em animais utilizados em rodeios e eventos afins, não há proibição constitucional à presença de animais em eventos voltados à exposição ou à utilização em torneios leiteiros ou desportivos (força, velocidade ou destreza), por não importarem, na essência, em práticas cruéis ou dolorosas. Afasta-se, assim, o pleito voltado ao reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis federais nºs. 10.519/02 e 10.220/01, além da Lei estadual nº 10.359/99, seja por não ofender a Constituição Federal, seja pela edição da Súmula Vinculante nº 10 pelo STF.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – AJUIZAMENTO COM O FIM DE COIBIR A REALIZAÇÃO DE RODEIO, COM PRÁTICA DE MAUS TRATOS A ANIMAIS – EDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL CONTENDO AS MESMAS VEDAÇÕES – RECONHECIMENTO DE QUE A PRETENSÃO FOI ATENDIDA NO CURSO DA AÇÃO – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DA AUTORA A ARCAR COM OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Se no curso da lide há a demonstração de que no evento não houve a realização e provas relacionadas a rodeio e laço, que implicassem em maus tratos a animais, havendo, ainda, notícia de que a pretensão da autora foi concretizada por meio da edição de lei municipal contendo proibição às atividades descritas na inicial, deve ser reconhecida a perda superveniente do objeto, pelo que há que ser a presente ação extinta, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

II – Não há que se falar em condenação da autora

Acesso ao Sumário

ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, porquanto, conforme os ditames previstos no art. 18 da Lei nº 7.347/85 (com redação dada pela Lei nº 8.078/90), não pode ser imputada a ela conduta relacionada a má-fé processual, vez que, quando do ajuizamento da ação, plenamente justificados os pleitos contidos na exordial, devendo ser afastada, portanto, tal condenação.

VOTO

UNIÃO INTERNACIONAL PROTETORA DOS ANIMAIS propôs ação civil pública ambiental, com pedido liminar, em face de **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPETININGA** e **SINDICATO RURAL DE ITAPETININGA**.

A r. sentença de fls. 380/382, cujo relatório se adota – e em nada alterada por força dos embargos declaratórios opostos, rejeitados às fls. 396 –, julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor dado à causa, observados os ditames da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, recorre a autora almejando a reforma da decisão (fls. 398/417). Pugna, por primeiro, pela nulidade do *decisum*, ante a ocorrência de cerceamento de defesa decorrente da ausência de dilação probatória e, ainda, de contradição entre a fundamentação e a parte dispositiva, infringindo os arts. 131, *in fine*, 165 e 458, mormente por ter reconhecido que o rodeio, conquanto seja atividade cruel e que implica em maus tratos aos animais, possui regulamentação legal por meio de leis federal e estadual, além do fato de que a presente ação civil pública ajuizada tem como finalidade o reconhecimento da crueldade, violência, abuso e maus tratos perpetrados contra animais utilizados em provas de laço e rodeio e, por conseguinte, na proibição de realização de tais práticas na cidade de Itapetininga, sob a promoção do Sindicato Rural no "Expoagro" ou em quaisquer outros eventos realizados ou autorizados, permitidos ou subsidiados pela Municipalidade a qualquer tempo. Alega, no mais, que não foram apreciados todos os pedidos formulados na inicial, sendo a controvérsia muito mais ampla do que a concessão de liminar para suspender a realização de provas de rodeio e laço no evento "Expoagro" no ano de 2013, salientando, assim, que a proteção aos animais e vedação aos maus tratos ou condutas que empreguem meios cruéis decorre de normas constitucionais, no âmbito do meio ambiente, sendo impertinente que leis infraconstitucionais permitam o uso de sedem, objetos metálicos, chicotes e afins, razão por que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* das Leis federais nºs. 10.519/02 e

Acesso ao Sumário

10.220/01, bem como da Lei Estadual nº 10.359/99 e Lei Municipal nº 4.347/00, devendo ser reconhecida, ainda, a responsabilidade da Municipalidade em coibir, evitar, proibir, pelos meios legais, a realização de práticas que culminem em maus tratos aos animais. Requer, ainda, o afastamento da condenação atinente às custas, despesas processuais e honorários advocatícios com fulcro no art. 18 da Lei nº 7.347/85 tendo em vista a evidente boa-fé em ajuizar o presente feito, devendo ser invertida tal condenação, e, subsidiariamente, que seja a ação julgada extinta sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC), ante o reconhecimento de perda superveniente do objeto por força de inovação legislativa durante o curso da presente ação, consubstanciada pela sanção da Lei Complementar Municipal nº 60, de 6 de junho de 2013, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

O recurso foi respondido (fls. 438/444 e 447/449), tendo a douta Procuradoria de Justiça, às fls. 459/469, opinado pelo parcial provimento recursal.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso.

De proêmio, em relação às preliminares levantadas voltadas à nulidade da r. sentença, tem-se que, pelo seu teor, devem ser analisadas conjuntamente com a matéria de fundo, nos termos abaixo.

Conforme se depreende dos autos, ajuizou a associação autora a presente ação civil pública em face do Sindicato Rural de Itapetininga e da Municipalidade de Itapetininga, tendo como fim a proibição da realização de rodeio no município, ocorrido entre os dias 19 a 28 de abril de 2013, bem como de quaisquer eventos que contem com a utilização de instrumentos provocadores de maus tratos contra animais (sedem de qualquer espécie, esporas, corda americana, choques, peiteiras, barrigueiras, sinos, laços e afins), sob pena de multa diária de R$ 100.000,00, devendo ser a Municipalidade condenada à obrigação de fazer consistente em não realizar, permitir ou autorizar a realização de rodeios e quaisquer congêneres que impliquem no uso dos sobreditos instrumentos ou que tenham provas como "calf roping", "team roping", "bulldogging", vaquejadas e congêneres.

Conquanto tenha sido deferida a liminar requerida para proibir no mencionado rodeio a utilização dos mencionados instrumentos provocadores de maus tratos, fixada multa diária em R$ 50.000,00 (fls. 296 e 313), o MM. juiz *a quo*, fundado no fato de que no evento denominado "44ª Expoagro" não havia previsão para a realização de rodeio, julgou a ação improcedente por não ter a autora se desincumbido do ônus a ela imposto (art. 333 do CPC), ressaltando, ainda, que "*no mandado de segurança não é possível dilação probatória*" e que, "*de qualquer maneira, a liminar havia sido deferida para que se assegurasse*

aos animais que não fossem maltratados e, segundo o Delegado de Polícia, às fls. 378, não houve a realização de rodeio na 44ª Expoagro", não havendo maus tratos, portanto (fls. 381).

A autora, diante do resultado da demanda, recorreu. E seu recurso deve ser parcialmente acolhido.

Por primeiro, hei de desconsiderar o equívoco da d. autoridade sentenciante relacionado a possível análise do presente feito como sendo mandado de segurança, na medida em que, diante do que se decidirá, mostrar-se-á irrelevante ao deslinde da causa.

Pois bem. Em relação ao pleito voltado à declaração de inconstitucionalidade das Leis nºs. 10.519/02 e 10.220/01, é de bem se ver que a Constituição Federal, conquanto proíba, por meio dos princípios da prevenção e precaução, a prática de maus tratos aos animais (art. 225, VII), não veda, de outro lado, a realização de festas congêneres à contida no objeto da presente ação ("Expoagro"), voltada ao congraçamento de pessoas e demais atividades lúdicas ali realizadas.

Seja qual for a denominação utilizada para tais eventos (festa do peão de boiadeiro, rodeio, vaquejada etc.), certo é que envolvem autênticas manifestações culturais populares, além da prática de exercício de esporte lícito, eis que a Lei nº 10.220/01 equipara, expressamente, a atividade de peão de rodeio à de atleta profissional.

Além da ausência de proibição ou vedação constitucional à realização de tais atividades, mister ressaltar que eventos desse tipo atraem renda para os envolvidos no negócio, de artistas à própria Municipalidade, passando pelo comércio em geral. Logo, não há que se falar em motivo legal, jurídico ou lógico para proibir a realização de quaisquer eventos desse tipo, que, por si só, não tem o condão de causar danos de espécie alguma à sociedade.

De outra sorte, imprescindível é a vedação às práticas descritas na inicial, consubstanciadas em maus tratos, dores, choques e feridas de toda sorte em animais utilizados nos eventos, simplesmente porque, repita-se, vedadas pela Carta Magna. Porém, consoante se infere dos autos, não há notícia de que o evento denominado "44ª Expoagro" foi realizado com a utilização de quaisquer métodos ou aparelhos que pudessem gerar dores ou danos aos animais, sendo incontroverso que contou apenas com "*exposição de animais, torneio leiteiro, palestras técnicas, julgamentos, leilões, mostra de produtos, máquinas e implementos agrícolas, mostra de cães de raça*", como bem demonstra a documentação de fls. 342 e seguintes.

De tudo isso, portanto, a pretensão veiculada na inicial, voltada à declaração de que a prática do aludido esporte ou a expressão da cultura do povo por meio da festa do rodeio ou de peão de boiadeiro seja inconstitucional, deve ser reconhecida como impertinente.

Acesso ao Sumário

Observa-se que a singela presença de animais no evento para exposição e mesmo sua utilização em torneios leiteiros não são vedados constitucionalmente por não importarem em prática de maus tratos, sendo, assim, permitido o uso de animais em festas, seu manuseio, adestramento e exibição, bem como sua utilização em torneios desportivos de força, velocidade, destreza, desde que não sejam eles submetidos a práticas cruéis e dolorosas. Estas atividades deverão ser fiscalizadas caso a caso, tanto pelos órgãos e agentes públicos, como também pelos gestores e empreendedores envolvidos no certame, além de entidades de proteção aos animais que assim o desejarem, dentre as quais, inclusive, a autora.

Por meio desta ação civil pública, pois, inviável que se declare a inconstitucionalidade de leis que, hipotética e juridicamente, não vão de encontro a preceitos constitucionais.

Outro não é, aliás, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria:

> "*AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – FESTA DE PEÃO E RODEIOS COM USO DE ANIMAIS – SENTENÇA QUE PERMITIU A REALIZAÇÃO DA FESTA, MAS PROIBIU PRÁTICAS NOCIVAS OU CRUÉIS – APELO PRETENDENDO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS FEDERAL E ESTADUAL QUE REGULAM A QUESTÃO – INADMISSIBILIDADE.*
>
> *Rodeios e Concursos de Provas de Peões de Boiadeiros e similares são atividades lícitas e permitidas, hábeis a gerar entretenimento à comunidade e renda e negócios aos envolvidos empresarialmente, inexistindo uma só afirmação na Constituição Federal que permita antever a necessidade de proibição da festa, do congraçamento das pessoas, da expressão da cultura do povo ou da prática dos esportes relacionados a tal atividade.*
>
> *Os princípios da prevenção e precaução permitem, em âmbito ambiental, sejam vedadas práticas cruéis e aptas a gerar maus tratos aos animais, ainda que existam estudos em ambos os sentidos, bastando análise lógica e razoável das condições de sua realização e consequências. Sentença que bem equacionou a questão,* '*in casu*'. *RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO*" (Apelação n° 373.889-5/0-00, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel. Des. Regina Capistrano, j. 07.05.2009).

Afasta-se, portanto, o pleito voltado ao reconhecimento da inconstitucionalidade das sobreditas Leis federais e da Lei estadual nº 10.359/99, posto não ofenderem a Constituição. Acresça-se a isso, inclusive, o fato de que o Egrégio Supremo Tribunal Federal houve por bem editar a Súmula Vinculante nº 10, pela qual "*viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte*".

Acesso ao Sumário

Por outro lado, é de se reconhecer o equívoco do magistrado de Primeira Instância ao julgar improcedente a presente ação civil pública, vez que, diante das peculiaridades do caso concreto, correto seria o decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

De fato, se de um lado há plena demonstração, por meio dos documentos juntados aos autos, de que o evento denominado "44º Expoagro" não contaria com provas relacionadas a rodeio e laço, deve ser reconhecido que a Lei Complementar municipal nº 60, editada em 6 de junho de 2013 (meses após o ajuizamento da presente ação civil pública), expressamente proibiu "**a realização de rodeios, touradas, vaquejadas, farras do boi e eventos similares no Município de Itapetininga**" (fls. 435).

Ora, com o advento de tal norma, desapareceu, no curso da lide, o interesse processual da autora em ver proibidas, por meio da presente ação, as sobreditas atividades mencionadas, o que leva, pois, à extinção do feito sem resolução do mérito.

E o corolário lógico de tal conclusão também contempla outro dos pedidos formulados pela recorrente, qual seja, o afastamento da condenação às custas, despesas processuais e honorários advocatícios, porquanto, conforme estabelece o art. 18 da Lei nº 7.347/85 (com redação dada pela Lei nº 8.078/90), "**Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais**".

Como se viu, reconhecida a perda superveniente do objeto exatamente pela edição de lei municipal vedando no município de Itapetininga, expressamente, as mesmas práticas detalhadas na exordial, tal fato, por si só, impede que seja atribuída à autora conduta relacionada a má-fé processual, tendo inclusive observado o Procurador de Justiça, para afastar tal entendimento, que "*até mesmo a liminar foi concedida em razão da necessidade premente da demanda no momento em que ajuizada*" (fls. 469).

Sendo assim, inviável era mesmo tal condenação.

Posto isto, dou parcial provimento ao recurso para os fins acima declinados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046514-66.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apeladas PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO, é apelada/apelante ROSEANE

MERCIA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao RECURSO OFICIAL, considerado interposto, para afastar a condenação de dano material referente ao ressarcimento de R$ 440,00. DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da MUNICIPALIDADE para reconhecer a responsabilidade solidária da ré IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO no evento danoso. DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da AUTORA para majorar o montante indenizatório de danos morais para R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), bem como reconhecer o seu direito ao recebimento de pensão de 2/3 do salário mínimo a partir do dia em que a vítima completaria 14 anos e até os 25 anos, devendo a beneficiária ser incluída em folha de pagamento das Rés para o recebimento da pensão fixada, cujo adimplemento das parcelas vencidas atualizadas nos termos supra dar-se-á em cota única, desnecessária a constituição de capital, já que também será incluída em folha de pagamento de pessoa jurídica de Direito Público Interno. DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo da SANTA CASA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.714)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Valor da condenação superior a 60 salários mínimos – Reexame necessário obrigatório nos termos do artigo 475 do CPC.

PROCESSO CIVIL – Ilegitimidade passiva da Municipalidade – Inocorrência – Contrato de Gestão que não acarreta o afastamento da responsabilidade do ente público que tem o dever de garantir o direito à saúde, implementando o controle e a fiscalização dos serviços – Inteligência dos artigos 196 e 197, da CF – Preliminar rejeitada.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos morais e materiais por conta do falecimento de filha menor em decorrência de grave erro perpetrado por profissional contratada do Hospital Municipal

Acesso ao Sumário

São Luiz Gonzaga, por meio de sua gestora, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia – Aplicação intravenosa de vaselina líquida na paciente em vez de soro – Caracterizada a grave falha na prestação do serviço público de saúde, devendo as Rés responder solidariamente pelos danos causados independentemente de dolo ou culpa de seus agentes – Responsabilidade objetiva, *ex vi* do artigo 37, parágrafo 6º, da CF.

DANOS MORAIS – Morte de filha menor – Dor e sofrimento intensos reconhecidos – Necessidade da majoração do *quantum* indenizatório para R$ 350.000,00 – Valor que melhor repara o abalo moral experimentado, sem propiciar o enriquecimento sem causa da Autora, servindo de alerta para que as Rés prestem o serviço de saúde com maior qualidade – R. sentença alterada neste ponto.

DANOS MATERIAIS – Não prospera a condenação das Rés ao pagamento de indenização quando do enterro da vítima, posto que a Autora não comprovou ter suportado os gastos – PENSÃO MENSAL – Devido o pagamento de pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data que viria completar 25 anos – Reforma do decidido neste aspecto.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Possibilidade de integração, de ofício, da r. sentença, por se tratar de matéria de ordem pública – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes – Aplicabilidade do artigo 406 do Código Civil e a Tabela Prática do TJSP – Marcos iniciais – Correção monetária incidirá a partir da decisão deste Colegiado (Súmula nº 362, do STJ) – Manutenção do decidido em 1º Grau, quanto ao termo *a quo* dos juros, ante a falta de impugnação específica e evitando-se o agravamento da situação da Fazenda em reexame necessário.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Reformada a r. sentença reconhece-se a sucumbência das Rés –

Acesso ao Sumário

Fixação em 10% do valor da condenação em danos morais e danos materiais (pensionamento) – Quantia que se mostra adequada frente à natureza da demanda.

Recursos oficial, considerado interposto, e voluntários parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário, considerado interposto, apelações tempestivamente deduzidas pela Municipalidade e pela Autora, além de recurso adesivo da Santa Casa, contra a r. sentença de fls. 350/360, declarada a fls. 367/368 e 373/374, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a primeira ao pagamento de indenização por dano moral de R$ 250.000,00 e dano material de R$ 440,00, corrigidos monetariamente a partir de 04.12.2010, de acordo com a Tabela Prática do TJ e com incidência de juros de mora a partir da citação. Reconheceu a sucumbência recíproca, observada ainda a gratuidade de justiça.

A Municipalidade argui sua ilegitimidade passiva e, caso não acolhida, requer o reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária no evento. Alega ausência de nexo de causalidade entre o erro na prestação do serviço e a sua conduta, pugnando, ao final, pela diminuição do valor dos danos morais (fls. 376/383).

Por sua vez a Autora sustenta nulidade da sentença, vez que deixou de analisar corretamente o pedido de pensão e a questão do poder econômico das apeladas para a fixação da quantia condenatória. Pugna ainda pela incidência de juros compostos sobre o valor indenizatório (fls. 386/409).

E recorre adesivamente a Irmandade da Santa Casa, ao argumento de que eventual falha no atendimento da menor não derivou de sua conduta. Aponta que não pode ser condenada com idêntico fundamento do Município e entende ser exagerado o valor condenatório. Por fim, requer a modificação do termo inicial dos juros e da correção monetária para incidir a partir da decisão que fixou o montante indenizatório (fls. 430/444).

Contrarrazões a fls. 413/423, 426/428 e 445/454.

Processados, subiram os autos.

É o Relatório.

Em virtude do valor da condenação fixado na r. sentença, considero interposto o recurso oficial, já que ultrapassa o limite de sessenta salários mínimos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por genitora de menor falecida no Hospital Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.

A Autora entende que a equivocada conduta de enfermeira do Hospital São Luiz Gonzaga, em 03.12.2010, ocasionou a morte de sua filha STEPHANIE DOS SANTOS TEIXEIRA, com apenas 12 anos de idade, por conta da aplicação intravenosa de vaselina líquida em vez de solução de reparação (soro).

Aduz estar evidenciada a responsabilidade objetiva do nosocômio em razão do desastroso atendimento dispensado a sua filha e busca ser indenizada por danos morais e materiais, além do recebimento de pensão.

Cumpre esclarecer que a ação foi originariamente proposta em face do HOSPITAL MUNICIPAL SÃO LUIZ GONZAGA e da IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO (fls. 03), mas ordenada a retificação do polo passivo pela Magistrada, a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO passou a figurar como Ré em lugar do HOSPITAL MUNICIPAL SÃO LUIZ GONZAGA, que não possuía personalidade jurídica.

Sobreveio sentença de parcial procedência da ação que condenou somente a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO ao pagamento da indenização por dano moral no importe de R$ 250.000,00 e dano material de R$ 440,00 de forma atualizada.

Com efeito, verifica-se que a IRMANDADE DA SANTA CASA não foi excluída da lide (fls. 317) e o *decisum* não delimitou a sua responsabilidade no evento danoso, declarando apenas a suspensão da exigibilidade dos ônus da sucumbência ante a concessão da justiça gratuita (fls. 373).

Todavia, tal omissão pode ser sanada por esta C. Corte, sem ensejar a anulação da r. sentença, tendo em vista o efeito devolutivo do recurso de apelação.

Neste sentido, ensina FREDIE DIDIER JR.:

"*Se a decisão judicial dispõe sobre a situação jurídica de sujeito que não fez (ou não faz) parte da relação jurídica processual na qual ela se formou, ela será subjetivamente incongruente. Será* ultra petita*, se seus efeitos atingirem quem faz parte da relação processual e também quem dela não participa; será* citra petita*, se não regulamentar a situação jurídica de todos os envolvidos no processo, seja no polo ativo, seja no passivo. [...] Sendo* citra petita*, a decisão precisará ser integrada em grau recursal, acrescentando-lhe o capítulo faltante*." (g.n., Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 4ª ed., Ed. JusPodivm, p. 324/325)

Acesso ao Sumário

Desse modo, possível a integração da r. sentença neste Grau Recursal, conforme se verá.

Passo à análise das preliminares arguidas pelas partes.

Não merece ser acolhida a alegada ilegitimidade passiva da Municipalidade de São Paulo em razão da transferência da administração do Hospital São Luiz Gonzaga à Irmandade Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, nos termos do Contrato de Gestão nº 008/2008.

Observe-se que o nosocômio é órgão público do poder executivo municipal de São Paulo (fls. 34), deste modo pertencente à rede pública de saúde do Município.

Socorrendo-se dos ensinamentos de FREDIE DIDIER JR.: "*Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo aquela determinada situação jurídica (...)*". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 11ª ed., Ed. JusPodivm, p. 179)

E, inobstante o Contrato de Gestão celebrado com a IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO para gerenciamento e execução das atividades e serviços de saúde desenvolvidos na microrregião Jaçanã/Tremembé, incluindo o HOSPITAL MUNICIPAL SÃO LUIZ GONZAGA (fls. 68/81), o Município de São Paulo possui legitimação passiva para integrar esta demanda, já que titular do serviço público, conforme acenam os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal.

A Carta Magna atribui ao Poder Público, a tarefa de garantir o direito à saúde, tendo primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados e sujeitos a sua regulamentação, fiscalização e controle.

Neste sentido, ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"*A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.*

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização." (Curso de Direito Constitucional Positivo, 28ª ed., Malheiros Editores, p. 831)

Com efeito, a delegação do serviço de saúde no caso, não desnatura sua natureza pública ou de interesse público, sendo que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dá em caráter complementar, conforme estabelece o art. 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.080/90.

Além disso, os dispositivos descritos na cláusula segunda do termo

Acesso ao Sumário

aditivo do referido contrato de gestão, não desafiam os preceitos estabelecidos nos artigos 37, parágrafo 6º, 196, 197 e 198 da Constituição Federal.

Precedentes desta C. Corte:

"*CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – LEGITIMIDADE PASSIVA DA FAZENDA ESTADUAL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PARTICULAR – CONTRATO DE GESTÃO – SUS. 1. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º CPC). 2. O Estado é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de indenização fundada em erro médico supostamente ocorrido em atendimento pelo SUS por hospital particular com quem o Poder Público assinou contrato de gestão. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.*" (AI. nº 2069342-16.2013.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 19.02.2014)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZAÇÃO – Contrato de Gestão entre o Município e a Associação Brasileira de Beneficência Comunitária – Indeferimento do pedido de denunciação da lide ao Hospital – Contrato de gestão – Irrelevância – Responsabilidade objetiva do ente público – Inaplicabilidade do art. 70, III, do CPC – Agravo não provido.*" (AI. nº 2007633-77.2013.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 09.10.2013)

E na esteira do posicionamento acima esposado, vislumbra-se a responsabilidade solidária entre as demandadas e não subsidiária como pretende a Municipalidade em seu apelo.

Se de um lado a Municipalidade é quem deve garantir o direito à saúde, cabendo-lhe a fiscalização e o controle dos serviços prestados pela contratada, de outra parte, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo é quem gere o Hospital Municipal São Luiz Gonzaga, realiza a contratação de pessoal, além de ter manipulado e envasado o soro e a vaselina utilizados no atendimento da criança.

Já a preliminar de nulidade de sentença apontada pela Autora é matéria que se confunde com o mérito e com este será analisada.

Acesso ao Sumário

Infere-se dos autos que, em 03.12.2010, a criança foi atendida no Hospital São Luiz Gonzaga por apresentar dor abdominal, vômitos e diarreia, sendo diagnosticada e dado início à aplicação de medicação composta por solução de reparação (soro), *Dramin* e *Ranitidina*.

Todavia, ao receber a segunda infusão de expansão com solução de reparação, a menor iniciou quadro de palidez, sudorese, rebaixamento do nível de consciência e convulsão, constatando-se que, em realidade, estava sendo administrada solução de vaselina líquida (fls. 47).

A aplicação foi interrompida, mas a criança já havia recebido cerca de 50 ml da substância e necessitou de imediato atendimento médico em unidade sala

de cuidados intensivos.

O estado de saúde da paciente piorou, exigindo a sua transferência à Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica do Hospital Central da Santa Casa, onde faleceu às 0h20 do dia 04.12.2010.

Cumpre mencionar o que constou do "Relatório de Óbito" da paciente, confeccionado pela Santa Casa, juntado a fls. 49: "*Foi intubada e os médicos perceberam que foram infundidos 50 ml de vaselina líquida endovenoso*."

De fato, notório e incontroverso o equívoco perpetrado na administração dos medicamentos à vítima.

Saliente-se que a medicação intravenosa foi aplicada por auxiliar de enfermagem contratada do Hospital São Luiz Gonzaga, por meio de sua gestora, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo (fls. 124).

Além disso, o soro e a vaselina líquida ministrados, foram fabricados pela própria farmácia do Hospital Central da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia. E consoante fotografia de fls. 126, verifica-se que as embalagens e a apresentação do líquido eram idênticas, o que corroborou para o lamentável erro, além da falta de atenção da auxiliar de enfermagem.

Diante do conjunto probatório trazido aos autos, não há dúvidas de que o evento morte guarda relação com o engano na aplicação dos medicamentos, sendo infundados os argumentos da SANTA CASA no sentido de se eximir da responsabilidade.

Em casos que tais, tanto o Município, quanto a Santa Casa são solidariamente responsáveis pelo ocorrido, já que não garantiram o direito constitucional à saúde, deixando de providenciar o adequado cuidado à filha da Autora.

Com efeito, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva às requeridas, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 37, parágrafo 6º:

"*Art. 37. [...]*

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Faz-se referência aos ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que define serviço público como "*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*" (Direito Administrativo – 20ª Ed. – Ed. Atlas – pág. 90).

Deve-se atentar que nem todo serviço prestado pelo Estado, direta ou

Acesso ao Sumário

indiretamente, é serviço público; somente assim será considerado aquele que satisfizer as necessidades essenciais dos cidadãos, como o do caso em tela.

Neste ponto, afasta-se a alegação da SANTA CASA da inaplicabilidade da regra estatuída pelo art. 37, par. 6º, da CF, já que apesar de ser pessoa jurídica de direito privado é prestadora de serviço público de saúde, além de ter firmado contrato de gestão com a Municipalidade.

Desta forma, a responsabilidade em questão independe de comprovação de dolo ou culpa de profissional no hospital; seus únicos requisitos são a comprovação do dano e de consequente nexo de causalidade com o comportamento danoso, resguardado direito de regresso contra o causador do dano, em caso de dolo ou culpa deste.

Importante ressaltar que a teoria do risco administrativo prevê responsabilidade objetiva estatal com exceções, conforme afirma ALEXANDRE DE MORAIS:

"*O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50)*" (Direito Constitucional, Ed. Atlas, 21ª edição – p. 351).

E conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES, acerca da responsabilidade civil do Estado:

"*(...) incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal*" (Direito Administrativo Brasileiro – Malheiros – 32ª ed. – pág. 654).

E, tais excludentes não se fazem presentes, podendo-se afirmar que, no caso, a prestação do serviço de saúde foi desastrosa.

Portanto, o evento morte está relacionado à grave falha no serviço público, impondo inequívoco dever de indenizar.

Danos como os experimentados pela Autora são definidos por EDMIR NETTO DO ARAÚJO como "*danos pessoais*", que "*atingem o corpo e o espírito, prejudicando a integridade física (p.ex. invalidez), estética (cicatrizes, deformações, p.ex.) e psíquica (lesões psíquicas que enquadrem em danos morais) e outras hipóteses, (...), independentemente do dano moral que desses casos possa advir*" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, pág. 750).

Em casos como o presente, garantir o direito à indenização moral, mais do que aplicar a responsabilidade do Estado conforme previsto constitucionalmente, presta-se como exemplo para que o ente público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos providenciem o melhor atendimento possível aos particulares.

Além disso, ao se trazer à baila o dano moral, pode-se afirmar que este erige do próprio fato, que ficou comprovado. Intrínseca, portanto, a relação entre o dano e o nexo de causalidade.

Essa é a lição corrente da doutrina, da qual se extrai passagem de ANTONIO JEOVÁ SANTOS:

"*O prejuízo moral que alguém diz ter sofrido, é provado* '*in re ipsa*'. *Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão, é impossível ao homem comum não imaginar que um prejuízo aconteceu. Ninguém, em sã consciência, dirá que a perda do pai ou de um filho, não gera desgosto e mal-estar, tanto físico como espiritual, ou que alguém que teve a perna ou um braço amputado não vá passar o resto da vida sofrendo por essa diminuição física. A só consumação do ilícito que faz surgir fatos desta natureza, mostra o prejuízo, a prova é* '*in re ipsa*'." (Dano Moral Indenizável. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 515).

Neste sentido, não discrepa a Jurisprudência:

"*Dano Moral Puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização*" (STJ, REsp nº 8768/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO).

"*2. É cediço na Corte que "como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe* in re ipsa. *Afirma Ruggiero: "Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito." (RESP 608918/RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 21.06.2004). 3 Precedentes desta Corte: RESP 575469/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 204825/RR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, DJ de 15.12.2003; AgRg nos EDcl no AG 495358/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 28.10.2003;*

Acesso ao Sumário

RESP 496528/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; RESP 439956/TO, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 24.02.2003." (STJ, REsp nº 709.877, Rel. Min Luiz Fux, Julg. em 20.09.2005).

No que tange à quantia relativa aos danos morais experimentados, cabe ao Magistrado considerar em cada caso: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) a intensidade e duração do sofrimento experimentado; c) capacidade econômica do ofensor e; d) as condições pessoais do ofendido.

Em suma, o *quantum* indenizatório do dano moral deve trazer alguma satisfação econômica ao lesado (ressarcir), desde que não implique no seu enriquecimento sem causa, como também deve desestimular a reincidência na prática do ato danoso (punir e inibir).

Revisitando a obra de ANTONIO JEOVÁ SANTOS:

"*A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do* quantum *na fixação do dano moral*" (Dano moral indenizável, 4ª edição, editora RT, página 162).

O valor da indenização por danos morais não pode ser exagerado no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina, que é o de evitar e desencorajar futuros equívocos pela Administração e servir como indenização à Autora pela dor experimentada.

A doutrina denomina de exercício desequilibrado de direitos a pretensão de indenização exagerada, em que há clara desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a quem deve indenizar (Fernando Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Ed. Saraiva, p. 179).

Com efeito:

"*A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa*" (RJTJESP 156/94 e RT 706/67).

"*VII – Na quantificação do dano moral, tendo em vista o seu caráter dúplice (punitivo do agente e compensatório, em relação à vítima), há que ser arbitrado um valor não muito elevado, eis que não se objetiva o enriquecimento sem causa, tampouco irrisório, o que excluiria o caráter*

Acesso ao Sumário

educativo/punitivo da condenação. Destarte, na sua valoração, deve o magistrado nortear-se pelo princípio da razoabilidade, atento a elementos tais, como o contexto em que se realizou a ação ou a omissão ensejadora do dano, a gravidade da situação, a reprovabilidade da conduta ilícita, a capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais do ofendido, dentre outros." (REsp 1040515, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/04/2009).

E a quantia fixada em Primeiro Grau, de R$ 250.000,00, a título de indenização pelos danos morais experimentados merece ser aumentada.

Dada a gravidade dos fatos narrados, ressaltando-se a alta reprovabilidade da conduta perpetrada, da necessidade da proteção do direito fundamental à saúde e considerando o poder econômico das requeridas, de rigor a majoração da fixação para R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

Neste contexto, o novo montante se mostra mais adequado tanto para compensar a Autora pela intensa dor e sofrimento suportados, quanto para servir de grande alerta para que as Rés prestem um serviço público com um mínimo de qualidade.

Desse modo, prospera o inconformismo da Autora visando à majoração do valor indenizatório e, de outra parte, não merece ser acolhida a redução pretendida pelas Rés em seus recursos.

Com efeito: "*A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa*" (RJTJESP 156/94 e RT 706/67).

Por outro lado, em face do reexame necessário, o pedido indenizatório por danos materiais dos valores dispendidos com o enterro não prospera, já que não foram devidamente comprovados.

A simples apresentação de nota fiscal com a indicação da compra de "flores" no valor de R$ 440,00 (fls. 54), não é suficiente para compelir as Rés ao seu ressarcimento, pois ausente a indicação de que a Autora tenha suportado seu custo.

Neste sentido, é forçoso reconhecer que a parte não produziu prova satisfatória do direito vindicado, a teor do que estabelece o artigo 333, inciso I, do CPC, devendo a sentença ser reformada para afastar a condenação em danos materiais.

Já a pretensão ao recebimento de pensão mensal, equivalente a um salário mínimo a partir do momento que a vítima completasse 14 anos e dois salários, dos 18 anos aos 70 anos, ou até o falecimento da beneficiária da pensão, merece parcial acolhimento.

De fato, nos termos da Súmula 491, do C. STF ("*É indenizável o acidente*

Acesso ao Sumário

que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado"), é possível presumir-se que a partir dos 14 anos, idade na qual poderia firmar um contrato de trabalho (como aprendiz) e exercer um labor remunerado, a menor contribuiria para o sustento do lar, ante a hipossuficiência de sua genitora (fls. 59).

Supondo-se que um terço de seus rendimentos seria gasto em proveito próprio, a parcela indenizável e que contribuiria na manutenção da família, corresponderia a dois terços da remuneração percebida.

Tal remuneração deve tomar como base o salário mínimo vigente no país ao tempo da sentença, conforme Súmula 490, do C. STF: "*A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores*".

E, com supedâneo no princípio da razoabilidade, a pensão será devida até a data em que a filha completaria 25 anos, idade na qual se presume que contrairia núpcias e auferiria renda para o exclusivo sustento de seu núcleo familiar.

Insta salientar que a partir da constituição de uma nova família, razoável conjecturar que a filha da Autora despenderia a totalidade da sua renda para a mantença de seu próprio lar, interrompendo a assistência à sua genitora.

Por isso, entendo que não é o caso de se manter em favor da Autora qualquer percentual a partir daquela data.

Assim, deve ser realizado o pagamento de pensão mensal à genitora, equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo a partir da data que STEPHANIE completasse 14 anos e até os seus 25 anos.

Cabe salientar que a requerente deverá ser inserida na folha de pagamento das Rés para recebimento da pensão fixada. As pensões vencidas serão pagas em parcela única, com correção monetária conforme Tabela Prática do TJSP e juros de mora consoante art. 406, do Código Civil, ambos contados das datas em que devidas.

Acesso ao Sumário

E, para encerrar a abordagem da indenização por danos materiais, frise-se que não é o caso de se constituir capital para garantir a dívida, pois a beneficiária também será incluída na folha de pagamento da Municipalidade.

No mais, tendo em vista que a matéria referente aos juros e correção é de ordem pública, há possibilidade de modificação da r. sentença, até mesmo de ofício, como forma de se evitar desnecessários incidentes quando do cumprimento do título judicial.

Deve ser ressaltado que descabe a aplicação da Lei nº 11.960/09, no tocante aos índices de juros de mora e correção monetária.

Neste passo, necessária uma breve explicação sobre a inaplicabilidade do índice determinado pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/09, já que declarada a inconstitucionalidade por arrastamento.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento pacífico de que o art. 5º da Lei nº 11.960/09 possua "natureza instrumental" e, portanto, incidente sobre os processos em curso, mesmo os promovidos anteriormente à sua vigência, tal como consta da decisão exarada nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, e também no REsp nº 1.205.946/SP, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, este último julgado pelo regime dos recursos repetitivos, novo contorno jurídico há de ser seguido, agora com base no derradeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei 11.960/09, em Seção de 13 e 14 de março de 2013, ocasião em que definida a sua invalidade.

Como dito pelo Ministro CELSO DE MELLO, relator da ADI nº 652-5, a declaração de inconstitucionalidade gera um "juízo de exclusão" da norma, ou seja:

> "*A ativação da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, deriva do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, enseja a esta Corte o exercício em abstrato da tutela jurisdicional do direito positivado na Constituição, autorizando-a a atuar como verdadeiro legislador negativo (RT 631/227).*"
>
> "*A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503).*"

Assim já se decidiu: "*Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § ún.), e no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § ún.; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05) (STJ – 1ª T., REsp 819.850, Min. Teori Zavacki, j. 1.6.06, DJU 19.6.06)*" (THEOTONIO NEGRÃO E OUTROS – Código de Processo Civil e

Acesso ao Sumário

Legislação Processual em Vigor – Saraiva – 44ª ed. – nota 25 ao art. 475-L – pág. 572).

E, tal entendimento deflui de decisão monocrática exarada pela Ministra Cármen Lúcia, no RE nº 747.702-SC, de 4 de junho de 2013 que, embora tenha tratado da inconstitucionalidade do art. 100, § 12, da CF, com idênticas consequências em relação ao art. 5º, da Lei nº 11.960/09, fez regressar os autos ao Tribunal de Origem, ante o obstáculo de se aplicar o "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*" e, com isso, adotar outro índice, impondo-se novo julgamento pelo Tribunal de Justiça Estadual (SC).

Desse modo, a par das consequências da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/09 e, da não modulação temporal dos efeitos desta decisão pelo Plenário do STF, convém aplicar ao caso o texto do artigo 406, do Código Civil (juros de mora) e a Tabela Prática do TJSP (correção monetária), em verdadeiro efeito repristinatório das ADIs 4357 e 4425, pois já admitido pela Suprema Corte (ADI 3660-MS e ADI 3148-TO).

Não há como se aplicar o texto originário do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, uma vez que a previsão legal é expressa apenas "*nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*."

Nessas circunstâncias, a r. sentença deve ser integrada para aplicação dos juros legais previstos no art. 406, do Código Civil, sendo descabido o pleito da Autora para aplicação de juros compostos descritos na Súmula 186, do STJ, porquanto são devidos por quem foi condenado no Juízo criminal, situação inocorrente nos autos.

Por sua vez, com razão a Santa Casa no tocante ao termo inicial da correção monetária dos danos morais, devendo a r. sentença ser modificada para que incida a partir da decisão deste Colegiado, que majorou o valor arbitrado em 1º Grau, conforme estabelecido na Súmula 362, do STJ: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*."

Já os juros de mora deveriam incidir a partir do evento danoso, consoante Súmula 54, do STJ.

Neste sentido:

"*Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Correção monetária. Juros moratórios. Termo inicial.*

– O termo inicial de incidência da correção monetária é a data do arbitramento da compensação por danos morais.

– Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso nas hipóteses de responsabilidade extracontratual.

Embargos de declaração no recurso especial acolhidos com efeitos

Acesso ao Sumário

aclaratórios." (EDcl no REsp n.º 1054856/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 12/02/2010).

"*Juros moratórios – responsabilidade civil – acidente de trânsito – vítima fatal – indenização – fixação dos juros a partir do evento danoso*" (JTA LEX 170/242).

Todavia a r. sentença os fixou a partir da citação inicial (fls. 360) e a ré Santa Casa pugnou pela contagem a partir da r. decisão que fixou o valor devido.

Entretanto, em que pese o ordenado na Súmula 54, do STJ, deve ser mantida a incidência de juros moratórios a contar da citação inicial, ante o descabimento do pedido da Santa Casa, da falta de impugnação específica da Autora e também para se evitar o agravamento da situação da Fazenda Municipal em reexame necessário.

Por fim, reformada a r. sentença para acolher em maior extensão o pedido da Autora, verifica-se a sua sucumbência mínima, devendo ser fixada a verba honorária devida pelas requeridas em 10% sobre o valor da condenação dos danos morais, adicionando-se 10% do total das parcelas vencidas da pensão, mais a somatória correspondente a um ano das parcelas vincendas, com fulcro no disposto no artigo 20, do Código de Processo Civil.

E a fixação da verba honorária nestes moldes encontra suporte nas alíneas do parágrafo 3º, do artigo 20, cumulado com os parágrafos 4º e 5º, do mesmo dispositivo do CPC, já que refletiu a natureza do processo, sua complexidade e tempo de tramitação.

Por estes fundamentos, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao **RECURSO OFICIAL**, considerado interposto, para afastar a condenação de dano material referente ao ressarcimento de R$ 440,00. **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo da MUNICIPALIDADE para reconhecer a responsabilidade solidária da ré IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO no evento danoso. **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da AUTORA para majorar o montante indenizatório de danos morais para R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), bem como reconhecer o seu direito ao recebimento de pensão de 2/3 do salário mínimo a partir do dia em que a vítima completaria 14 anos e até os 25 anos, devendo a beneficiária ser incluída em folha de pagamento das Rés para o recebimento da pensão fixada, cujo adimplemento das parcelas vencidas atualizadas nos termos supra dar-se-á em cota única, desnecessária a constituição de capital, já que também será incluída em folha de pagamento de pessoa jurídica de Direito Público Interno. **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso adesivo da SANTA CASA para fixar o termo inicial da correção monetária dos danos morais a partir da decisão deste Colegiado, nos termos da Súmula 362, do STJ, mantida, no mais, a r. sentença

Acesso ao Sumário

por seus próprios fundamentos, com a observação acerca do índice de juros moratórios.

Ante o acolhimento em maior extensão do pedido da Autora e reconhecida a sua sucumbência mínima, arcarão as Rés com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante da condenação dos danos morais mais 10% sobre o total das parcelas vencidas da pensão e a somatória correspondente a um ano das parcelas vincendas, observada a gratuidade de justiça concedida à Santa Casa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0152995-23.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROSANA DA CUNHA e HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – HCFMUSP, são apelados HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – HCFMUSP, MARCUS CASTRO FERREIRA, MIGUEL LUIZ ANTONIO, ROGERIO IZAR NEVES, OTAVIO MACHADO DE ALMEIDA, JOSÉ CASSIO ROSSI VIEIRA, KOSE KORIBE e ROSANA DA CUNHA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso do requerido e deram provimento em parte à apelação da autora, com observação. Vencido o revisor que declarará. Sustentou oralmente Dr. Alberto Gosson Jorge Júnior e Dra. Carolina Junqueira de Andrade.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 9012/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 27 de janeiro de 2014.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização de danos morais. Divulgação de imagens de paciente em revista médica, sem autorização expressa. Prescrição não caracterizada. Dano moral configurado. Responsabilidade do Hospital das Clínicas. Ausência de responsabilidade dos médicos, coautores do artigo. Razoabilidade do valor arbitrado a título de danos

morais. Juros moratórios de 1% ao mês contados da citação. Recurso do Hospital das Clínicas não provido. Apelação da autora provida em parte, apenas no tocante aos juros moratórios, com observação.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedente ação de indenização de danos morais, ajuizada em face do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP, decorrentes de divulgação de imagem de paciente em Revista do Hospital das Clínicas, sem autorização expressa, e improcedente, quanto aos médicos prepostos (fls. 835/852), apelou a autora alegando que os médicos, coautores do artigo publicado na Revista do Hospital das Clínicas, devem ser solidariamente condenados ao pagamento dos danos morais; e pediu a majoração da indenização para R$120.000,00, conforme pleiteado na inicial, com atualização monetária pela tabela prática deste E. Tribunal de Justiça e juros de mora de 0,5% ao mês, desde a data da distribuição até janeiro de 2003, e, a partir de então, no patamar de 1% ao mês. Recorreu também o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP sustentando a ocorrência de prescrição com base no art. 1º do Decreto n. 20190/32, pois a suposta ofensa moral se configurou entre junho e setembro de 1990, período no qual a autora esteve internada no hospital, e esta ação foi ajuizada apenas em maio de 2000, mais de cinco anos depois; disse que a paciente estava consciente e apresentava plenas condições de impedir a realização das fotografias; que as imagens foram publicadas de modo a atribuir efeito gráfico de penumbra, impossibilitando a identificação dos traços pessoais da paciente; que não houve intuito de violar a imagem, a honra ou a intimidade da autora, mas apenas de divulgar no meio acadêmico e científico a doença denominada "síndrome do choque tóxico"; suscitou que a liberdade de expressão da atividade científica é plena (CF, art. 5º, IX) e que a impossibilidade de identificação da paciente e a ausência de abuso de direito afastam a necessidade de autorização expressa desta; que o direito de imagem não deve prevalecer sobre o direito de fornecer informações científicas de ordem pública a profissionais da área e estudantes; que descabe qualquer responsabilização objetiva do requerido, que agiu de forma lícita e no exercício regular de direito; e pediu, subsidiariamente, a redução do valor indenizatório. Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização de danos morais ajuizada em face da Revista do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade

Acesso ao Sumário

de São Paulo – HCFMUSP e de seis médicos, prepostos da autarquia, sob o argumento de divulgação de fotos em artigo médico, sem expressa autorização da paciente.

Realmente a autora submeteu-se a tratamento de hipertrofia mamária e cirurgia mastológica para redução das mamas em 1990 no HCFMUSP. Em 26.06.1990, recebeu alta médica e orientações pós-operatórias, entretanto, em 02.07.1990, retornou ao hospital com diagnóstico de Síndrome do Choque Tóxico e, a partir desta data, ficou internada até 12.09.1990 (fls. 26).

Alega a paciente que, neste período, sofreu constrangimento ao ser fotografada e exposta a médicos, residentes e estudantes de medicina, sem qualquer anuência de sua parte; que teve conhecimento da divulgação de sua imagem na Revista do HCFMUSP, Novembro/Dezembro de 1992, n. 6, vol. 47, vinculada ao artigo "Síndrome do choque tóxico após mamoplastia redutora: relato de caso", quando seu irmão, empregado de copiadora, reconheceu a autora em material deixado para extração de cópias.

Como se vê, os fatos ocorreram em 1990 e 1992, sem menção sobre a data exata em que a autora tomou conhecimento da publicação. De qualquer modo, essa ciência deu-se após a divulgação das imagens em 1992. Em 1995, a paciente deu início à apuração em âmbito administrativo, o que interrompeu o prazo prescricional. Em 17.12.1998, houve decisão do Conselho Federal de Medicina que determinou o arquivamento do feito (fls. 95) e, em 18.05.2000, esta ação foi ajuizada, sem decorrência de mais de cinco anos. Não houve, pois, caracterização da prescrição com base no art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

Quanto à matéria de fundo, a sentença não merece reparos.

Em que pese o poder-dever de divulgar informações relevantes e de ordem pública a profissionais de medicina e estudantes, há que se preservar o direito da personalidade. Mesmo porque a liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (CF, art. 5º, IX) não apresenta caráter absoluto.

No caso, não há dúvida de que o artigo tinha a finalidade de difundir informação e conhecimento, sem caráter lucrativo, contudo, não se pode negar que as fotos reproduzidas na publicação, sem autorização expressa, violaram o direito de imagem da paciente, à vista do disposto no art. 5º, X, da CF. As fotos tiradas durante o período de internação não implicaram anuência tácita e, ainda que existente tal concordância, não houve providências no sentido de preservar a imagem da paciente, a qual, além de submeter-se a internação prolongada e tratamento delicado, foi surpreendida com divulgação de sua imagem (rosto e seios) em revista especializada sem autorização e sem tarjas ou qualquer outro meio eficaz que impedisse sua identificação (v. fls. 02/06). O próprio Conselho Federal de Medicina recomendou tais providências (fls. 94).

Ficou evidente que o Hospital não tomou as devidas cautelas e, portanto,

Acesso ao Sumário

deve responder pelos danos morais causados. Não é o caso, porém, de responsabilizar os médicos, prepostos da autarquia, que, apesar de coautores do artigo, não eram encarregados da edição e publicação do material. Nada indica, ademais, que esses profissionais agiram de modo ofensivo e por motivos individuais, em detrimento da paciente. Limitaram-se a analisar um caso de interesse médico. Apenas a editora se excedeu ao não tomar a cautela de obter prévia autorização da autora.

A violação do direito de personalidade da autora dispensa maiores considerações para reconhecimento do dano moral. O sofrimento psíquico é evidente e merece resposta capaz de amenizá-lo, assim, 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 arbitrado na sentença de R$ 8.000,00 (oito mil reais), observada a incidência de correção monetária pela Tabela Prática deste Tribunal a partir de então (fls. 852) e de juros de mora pela taxa de um por cento ao mês, calculados desde a citação, de acordo com o atual Código Civil, provido neste aspecto o recurso da autora.

Como se vê, a sentença analisou corretamente as provas e aplicou o direito pertinente quanto à demonstração do dano moral e sua valoração.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do requerido e dá-se provimento em parte à apelação da autora, apenas no tocante a forma de cálculo dos juros moratórios, nos termos acima, mantida no mais a sentença por seus próprios fundamentos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº AC-11.387/13)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Paciente submetida a cirurgia e depois a tratamento pós-operatório. Síndrome do corpo tóxico. Publicação posterior de relato do caso na Revista do Hospital das Clínicas, sem menção ao

Acesso ao Sumário

nome, mas com fotografias dos diversos estágios da doença e do tratamento. Revista de circulação restrita, de interesse científico e sem fins lucrativos. Direito à imagem. – 1. Prescrição. A prescrição corre da data do ato transgressor, no caso a circulação da revista ocorrida em data ignorada no ano de 1993 (REsp nº 1.014.624-RJ, STJ, 3ª Turma, 10-3-2009, Rel. Vasco Della Giustina), pelo prazo de cinco anos nos termos do DF nº 20.910/32; tempo superior decorreu até a propositura da ação em 18-5-2000. A ação está prescrita em relação à autarquia. – 2. Responsabilidade. Os médicos que subscreveram o artigo não respondem pela publicação de fotografia com o rosto da paciente sem a tarja preta nos olhos. Cautela que compete ao editor da revista, não aos subscritores do artigo. Improcedência bem determinada. – 3. Direito à privacidade. Não ofende a privacidade o exame da autora pelo corpo clínico, o registro da evolução clínica em fotografia, a filmagem da cirurgia, a obtenção de exames de imagem e seu exame pela equipe médica. Do mesmo modo, não ofende a privacidade da autora o relato do caso em publicação científica sem menção ao nome ou a outros identificadores. Desnecessidade de obtenção da prévia anuência do paciente. – 4. Direito de imagem. A proteção da imagem abrange dois aspectos: a exploração comercial, pois a ninguém é dado enriquecer à custa do trabalho ou da imagem alheia, e a publicação injustamente danosa, pois a imagem é o reflexo de como os outros nos veem. A primeira ofende o patrimônio, a segunda ofende nosso sentimento. A hipótese não se enquadra na exploração comercial, como é admitido por todos; não se enquadra na publicação injustamente danosa, pois inserida em artigo científico de relevante interesse médico; e sequer permite a identificação da autora, pela forma como a fotografia foi tirada e nomeada. Inexistência de ofensa ao direito invocado. – Procedência em parte. – Recurso da autora desprovido. Recurso da ré provido para reconhecer a prescrição; vencido na preliminar, pela improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

1. A sentença de fls. 835/852, vol. 4 julgou o pedido improcedente contra os médicos e condenou o Hospital das Clínicas a pagar indenização de R$ 8.000,00 pelo dano moral decorrente da publicação não autorizada de fotografias em revista médica, com ofensa a direito da personalidade (direito de imagem).

Os Des. Aguilar Cortez e Teresa Ramos Marques proveem o recurso da autora tão só para fixar os juros de mora em 1% ao mês a contar da citação e negam provimento ao recurso do Hospital das Clínicas. Exponho, respeitosamente, a razão da divergência.

2. Prescrição. A autora esteve internada no Hospital das Clínicas de 2 de julho a 12 de setembro de 1990 para tratamento de uma síndrome do choque tóxico que a acometeu depois de um cirurgia de mamoplastia redutora de hiperplasia dos seios; saiu curada depois da ablação integral dos dois seios. Continuou sendo atendida no hospital até 1994, tendo sempre recusado submeter-se à reconstrução das mamas sugerida pelos médicos.

O volume 47 (nov/dez-1992) da Revista do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina publicou o artigo 'Síndrome do Choque Tóxico após Mamoplastia Redutora: Relato de Caso' (fls. 20/25, vol. 1) subscrito por Otávio Machado de Almeida, Miguel Modolin, Rogério Izar Neves, Kose Horibe, José Cássio Rossi Vieira e Marcus Castro Ferreira, com anotação 'Trabalho realizado na Disciplina de Cirurgia Plástica e Queimaduras do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo'. O trabalho relata o fato, sua gravidade, seus sintomas, as intercorrências, a conduta médica adotada e apresenta seis fotografias, a primeira um 'close' de um rosto contraído com os olhos fechados e a língua exposta com os seguintes dizeres: 'Fig. 1: ilustra o aspecto das lesões encontradas na mucosa lingual no 6º dia pós-operatório'; as demais são fotografias do torso da paciente (não mostram o rosto) mostrando o aspecto das mamas no 6º, 9º, 15º, após a mastectomia bilateral e no 42º dia após a mamoplastia, com o aspecto final. O nome da autora não aparece no artigo e a única referência pessoal é 'uma mulher de 18 anos de idade foi admitida da Disciplina de Cirurgia Plástica do HC ...'

3. A autora não declina a data em que soube da publicação; menciona apenas ter sabido dela pelo irmão que, empregado em uma copiadora no Shopping Jardim Sul em São Paulo reconheceu-a na fotografia da revista que estava a copiar para um cliente; fez uma cópia para si, apresentada com a petição inicial. Em 22-9-1994 a autora pessoalmente pediu providências ao Conselho Regional de Medicina (fls. 29/30) alegando que seu estado atual decorria de erro no tratamento; em 27-4-1995, representada pelos advogados que a assistiram no procedimento administrativo e a assistem em juízo (fls. 27), pediu ao hospital cópia do prontuário médico; em 15-5-1995 a autora, por seus advogados, indicou quesitos ao CRM mencionando possíveis danos psicológicos pela constatação de fotos ilustradoras, inclusive do rosto da autora (quesitos 9 e 10). O procedimento

Acesso ao Sumário

foi arquivado pelo CRM em 12--1997, que não viu erro na conduta médica e entendeu não lhe caber opinar sobre a publicação das fotografias (fls. 50/54) e pelo Conselho Federal de Medicina em 17-12-1998 (fls. 89/95). A ação foi proposta em 18-5-2000.

O juiz rejeitou a prescrição porque direitos fundamentais são imprescritíveis (o direito à privacidade e à imagem). Os direitos da personalidade são imprescritíveis no sentido de poderem ser exercidos a qualquer tempo durante a vida da pessoa; mas não é disso que se cuida. O direito à imagem é a causa de pedir; o processo retrata uma ação de indenização em dinheiro sujeita aos prazos prescricionais usuais. Não há razão para análise do prazo prescricional contra os médicos, pois improcedente o pedido; mas a prescrição contra a autarquia corre em cinco anos a contar do ato ou fato que dá origem à pretensão, nos termos do DF nº 20.910/32 (a pretensão da autora em afastá-lo é um equívoco).

4. A revista circulou em data ignorada, mas após dezembro de 1992, e de janeiro de 1993 a maio de 2000 decorreu tempo superior ao quinquênio; pois na data da publicação ou da circulação (o ato transgressor) tem início o prazo prescricional, como reconhecido em EMI Music Brasil Ltda vs Margareth de Medeiros Tocantins, REsp nº 1.014.624-RJ, STJ, 3ª Turma, 10-3-2009, Rel. Vasco Della Giustina, e em Top Gospel Comércio e Distribuição Ltda vs Gilberto do Carmo Dias, Ag em REsp nº 368.912-RJ, STJ, 4ª Turma, 27-9-2013, Rel. Luis Felipe Salomão, decisão singular. O resultado é o mesmo se o prazo for contado, 'ad argumentandum', de quando a autora soube da publicação, ao que tudo indica antes ou durante o ano de 1994; ainda que a imprecisão seja vista em seu favor, em 15-5-1995 a autora (por seus advogados) deu-se por ciente da publicação e deflagrou o prazo prescricional, que decorreu por inteiro até a propositura da ação em 18-5-2000.

O art. 4º do DF nº 20.910/32 estatui que não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la; mas se refere ao pedido de pagamento e às repartições ou funcionários da administração obrigada a pagamento, no caso o próprio Hospital das Clínicas. Não surte tal efeito a denúncia por erro médico formulada ao CRM, que não é a própria repartição envolvida nem é esse o fundamento da ação, nem a inoportuna indagação a respeito da publicação das fotografias, matéria de todo alheia ao Conselho que visava aferir infração ética, não responsabilidade civil. Inexistindo causa de suspensão ou interrupção da prescrição, a ação está prescrita ainda que se adote o termo inicial mais favorável à autora. É caso de acolhimento da preliminar e extinção da ação.

Acesso ao Sumário

5. Direito à imagem. O caso tem peculiaridades. É incontroverso nos autos que a autora passou por uma cirurgia de redução de mama quando

nenhuma fotografia foi feita; retornou no 4º dia com um quadro inespecífico de febre e depois no 6º dia em 2-7-1990, quando já instalada a grave síndrome que a acometeu e a manteve internada até 12- 9-1990. A primeira fotografia publicada foi tirada nesse 6º dia e as demais em dias subsequentes da internação. O hospital não formalizou por escrito o consentimento da autora. Há diversas indagações interligadas a resolver, como diz o juiz.

A primeira se refere ao consentimento para ser vista pelas equipes médicas ou fotografada. O direito à privacidade existe na proporção em que o seu titular o mantenha privado; quem sai a público não pode impedir que terceiros o vejam ou o fotografem (e fotografar, hoje, é uma extensão do ver), propositadamente ou não. Do mesmo modo, o paciente não pode impedir o exame da equipe médica e do corpo de enfermagem nem que dele se extraiam fotografias ou façam exames (todos os exames de imagem são fotografias), sempre que necessários à solução do caso. O histórico do caso é mais relevante em um hospital destinado ao ensino e à pesquisa, como é o caso do Hospital das Clínicas, em uma paciente que apresenta um quadro anômalo e novo de grande morbidade. O consentimento é implícito; e de certo modo foi sendo dado a cada vez pela não oposição à fotografia, pois não é crível que todas elas (deve haver outras, além das publicadas) tenham sido tiradas em período de inconsciência da autora. Não atribuo relevo à questão do consentimento, que considero implícito e que em qualquer circunstância seria justificado pelo interesse público no estudo, registro histórico e divulgação científica da doença e do tratamento. O exame da autora pela equipe médica, a extração das fotos e seu exame pelo corpo clínico não ofende direito algum da personalidade da autora.

O acórdão envereda por um caminho perigoso ao exigir tal consentimento para os atos normais do tratamento (que incluem a fotografia, a filmagem da cirurgia, etc) e ao transformar a relação paciente-corpo clínico em um hospital escola (eu diria mais, em qualquer hospital) em um campo propício aos conflitos.

6. A segunda se refere à natureza da ofensa ao direito de imagem. Nenhuma ofensa existe na existência das fotografias ou na publicação do artigo científico, se não identificada a autora; pois a imagem não existe por si, mas é um reflexo de como os outros nos veem e como nos vemos perante os outros. Não existe imagem do homem ou mulher sozinho; passa a existir quando outros nos veem – isto é, quando sabem que a pessoa fotografada somos nós. Não ofende o direito de imagem a publicação de uma fotografia não identificada e não identificável (no caso dos autos, como a autora mesmo sugere, com uma tarja nos olhos que dificulte a identificação; uma pessoa com o rosto coberto ou de costas; uma fotografia que não mostre o rosto ou identifique a pessoa); pois ninguém que a veja verá ali a autora.

O caso concreto é ilustrativo: a fotografia em 'close' da língua exposta da autora emoldurada por seu rosto contraído e com os olhos fechados, acompanhada

Acesso ao Sumário

da legenda 'Fig. 1 – Ilustra o aspecto das lesões encontradas na mucosa lingual no 6º dia pós-operatório' denota a centralidade da imagem (a língua), a finalidade da fotografia (demonstrar o aspecto das lesões) despersonaliza a foto para concentrar-se no interesse médico e torna quase irreconhecível a pessoa fotografada. A fotografia foi reconhecida por seu irmão (o irmão não foi ouvido; não se sabe se reconheceu a irmã diretamente na foto ou se para isso leu o artigo, reconhecendo o caso); a autora não apresentou nenhuma outra pessoa que tenha a revista, dentro ou fora de seu círculo de amizades, ou que a tivesse reconhecido se a tivesse visto.

7. Não basta que a própria autora se identifique, mas que terceiros possam identificá-la. Fotografia dessa natureza, nessas circunstâncias, em uma revista de circulação pequena e restrita à Faculdade de Medicina e ao Hospital das Clínicas, não ofende o direito de imagem da autora. E, não sendo ela identificada, também nada ofendem as fotografias de seu torso, em que o rosto ou nome não aparecem. Há precedente: "Direito à própria imagem. Grupo de passistas de escola de samba. Publicação de fotografia em jornal. Inocorrência de violação. Na publicidade institucional, isto é, aquela que procura divulgar eventos e não imagens de pessoas, não se configura violação do direito à imagem" (TJRJ – RT 556/178) (in RUI STOCO, 'Tratado da Responsabilidade Civil', 6ª Ed. RT, São Paulo, 2004, item 4.19.m, pág. 1655) (o acórdão cuidou de fotografia de corpo inteiro publicada em jornal, algo mais grave que o fato ora analisado).

A autora alega e o acórdão admite que a colocação de uma tarja sobre os olhos teria sido suficiente para afastar a infração. No entanto, o irmão teria reconhecido a autora mesmo com a tarja nos olhos, ainda mais ao ler o artigo. Não é da possibilidade do reconhecimento que decorre a infração ao direito de imagem, pois alguém em algum lugar poderá vir a reconhecer a pessoa representada, mas de como, aonde e com que finalidade a imagem é usada. Assim, a exposição das fotografias em um congresso médico dentro ou fora do país não ofenderia o direito de imagem da autora, assim como não ofenderia a exposição de radiografias, ultrassons, ressonâncias magnéticas ou tomografias.

Acesso ao Sumário

8. A imagem é protegida em duas situações principais. Uma, a exploração comercial e não consentida, pois não é justo que alguém enriqueça às custas da imagem de outrem sem a devida remuneração ou consentimento. Outra, o uso da imagem causa dano à pessoa; mas não exatamente o dano interno, psicológico, e sim o dano à imagem que os outros têm dela, pois não causa dano uma publicação que suscita admiração e respeito. É por essa razão que a jurisprudência não reconhece dano à imagem na publicidade institucional ou nas reportagens informativas da imprensa falada, escrita e televisiva, se ausentes as duas características: a exploração comercial e o dano causado pela exposição, se injusto.

A publicação aqui tratada não se enquadra em qualquer dessas situações.

Não é uma publicação comercial; ao contrário, como reconhecido pela autora, pela sentença e pelo acórdão, é uma publicação séria, de natureza científica, de circulação gratuita e restrita ao Hospital das Clínicas. Não causa dano à imagem da autora, que não vem identificada na matéria, é de difícil reconhecimento pela forma como o rosto foi fotografado, e sequer é mencionada no relato centrado na evolução da rara ocorrência clínica. Não há ofensa à imagem da autora nem ilícito a indenizar.

9. A terceira se refere à responsabilidade dos autores do artigo, bem afastada pelo juiz e pelo relator. A fotografia foi enviada pelos médicos; mas a cobertura dos olhos cabe ao editor da revista, em responsabilidade que aos primeiros não se estende.

A quarta se refere ao fundamento da responsabilidade civil, que o juiz não conseguiu definir; acabou optando por uma responsabilidade sem culpa fundada na solidariedade social, que não se aplica ao caso dos autos. A responsabilidade sem culpa existe, mas não na extensão indicada na sentença. O fundamento foi bem afastado pelo relator, que concede a indenização pelo fundamento correto: a não colocação de uma tarja nos olhos e a possibilidade de identificação. No entanto e como mencionei, não considero relevante a existência ou não de consentimento. A indenização foi bem arbitrada.

O voto **é pelo desprovimento do recurso da autora e pelo provimento do recurso da autarquia** para extinguir o processo com resolução do mérito, por prescrição; vencido na preliminar, pela improcedência do pedido, pelas razões expostas no voto.

TORRES DE CARVALHO, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000648-07.2013.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é apelante MATEUS BUFFI MARCONI, é apelada DIRETORA TÉCNICA DA DIVISÃO DE SAÚDE E VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE BEBEDOURO.

ACORDAM, em 6ª 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 14.920)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.
MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Optometrista – Alvará para o exercício de atividade profissional – Negativa baseada no art. 38 do Decreto n. 20.931/32 – Inadmissibilidade – Norma que, mesmo em vigor, não impede o exercício profissional, mas apenas estabelece limites a ele, na linha do art. 5º, XIII, da CF – Direito líquido e certo caracterizado – Sentença denegatória – Reforma que se impõe – Posição sedimentada na Câmara – Recurso ao qual se dá provimento.

VOTO

Trata-se de ***mandado de segurança*** impetrado por ***Mateus Buffi Marconi*** contra ato da ***Diretora Técnica da Divisão de Saúde e Vigilância Sanitária de Bebedouro***, que indeferiu pedido de alvará formulado para o regular exercício, no território municipal, da atividade de optometria, isso em razão do impedimento constante do art. 38 do Decreto n. 20.931/32.

Sustenta, em síntese, que o indeferimento ofende o art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Sentença denegatória (fls. 123/126), sob o fundamento de inexistir direito líquido e certo.

Inconformado, recorre o impetrante (fls. 130/145). Insiste na tese de que é inaplicável o Decreto n. 20.931/32. Sustenta que a profissão é reconhecida e que tem a formação técnica necessária ao seu exercício. Aduz violação ao livre exercício profissional. Pede a inversão do julgamento.

Resposta às fls. 167/176.

A digna Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 181/183).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço, e a ele dou provimento.

Em que pese o ilustrado parecer do eminente Procurador de Justiça oficiante, constato que esta Colenda Câmara já se debruçou sobre o tema sob julgamento e sedimentou entendimento favorável ao impetrante, conforme, aliás, ele mesmo esclarece ao juntar o documento de fls. 155/163.

De fato, indisputável que o art. 38 do Decreto n. 20.931/32 está em vigor.

Acesso ao Sumário

Assegura-o a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "***O art. 3º do Decreto n. 20.931, de 11.01.1932, que regula a profissão de optometrista, está em vigor porquanto o ato normativo superveniente que o revogou (art. 4º do Decreto n. 99.678/90) foi suspenso pelo STF na ADIn n. 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal***" (MS n. 9.459/DF, 1ª Seção, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 10.08.2005, DJ 05.09.2005).

Isto estabelecido, chegou-se mesmo a entender, na esteira do voto condutor do eminente Des. REINALDO MILUZZI, proferido no julgamento da Ap. n. 0001108-61.2010.8.26.0698, ocorrido em 24.09.2012, que havia impedimento absoluto para a instalação de consultórios de optometria porque isso redundaria em *exercício ilegal da medicina*.

Registro que, naquela oportunidade, filiei-me, na condição de Segunda Juíza, ao entendimento manifestado pelo ilustre Relator.

Ocorre, contudo, que a Câmara retomou a discussão do assunto por ocasião do julgamento da Ap. n. 0002496-08.2010.8.26.0210, havido em 24.06.2013.

Na ocasião, o eminente relator, Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, ponderou que "***a profissão de optometrista está prevista pelo art. 3º do Decreto 20.931/32 e o conteúdo das atividades está descrito na Portaria n. 397 de 09.10.2002. Se o Ministério da Educação e Cultura criou o curso de tecnólogo em optometria, e o impetrante cursou a respectiva Faculdade e foi aprovado, cumpridos estão os requisitos subjetivos ao exercício da atividade, podendo ele exercer a profissão desde que respeitados os limites estipulados nos arts. 38 do Decreto n. 20.931 e 14 do Decreto n. 24.492/34, ressalvada a proibição do exercício de atos privativos de médico oftalmologista***".

Passou-se, então, a ver o art. 38 do Decreto n. 20.931/32 não como um *impedimento absoluto* à concessão do alvará, mas um *limite ao exercício da atividade profissional de optometrista*, que não pode avançar naquilo que constitui ato médico.

De fato, a circunstância de se autorizar o funcionamento de um escritório de optometria não significa autorização, mesmo implícita, para que nele o optometrista exerça ilegalmente a medicina.

Sensibilizado com a tese esboçada naquele julgamento, o eminente Des. REINALDO MILUZZI, na grandeza própria aos grandes julgadores, reconsiderou seu posicionamento anterior e faz lançar voto convergente nos seguintes termos: "***Faço esta declaração de voto para anotar que, não obstante já tenha adotado, em julgamento anterior, posição antagônica à do eminente relator no voto condutor do acórdão, convenci-me, pelos fundamentos dele lançados, que esta é a melhor orientação para o caso em apreço. E isso porque, conforme anotado no voto, se o Ministério da Educação e Cultura criou o curso de tecnólogo em optometria, e o impetrante cursou a respectiva faculdade e foi aprovado, cumpridos estão***

Acesso ao Sumário

os requisitos subjetivos da atividade, conforme estabelece o art. 5º, XIII, da Constituição Federal. Daí minha adesão ao voto".

Rendi-me também eu ao entendimento suscitado pelo eminente Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, tanto que também o acompanhei no julgamento, em que atuei como Terceira Juíza.

Vejo e revejo as razões do Município, e não encontro motivo para alterar meu posicionamento anterior, convencida que estou de que ele é o mais consentâneo à normativa constitucional que assegura o livre exercício das atividades profissionais.

Percebo, ademais, que esta é a tendência da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, tanto que, recentemente, a Colenda 7ª Câmara de Direito Público decidiu:

> "***APELAÇÃO – Ação Anulatória com Pedido de Tutela Antecipada – Exercício profissional de optometria Técnica especializada – Pretensão de declaração de legitimidade de sua atividade e anulação do indeferimento de sua prática emitido através de parecer pela Secretaria de Vigilância Sanitária, bem como a consequente expedição de licença de funcionamento para tal atividade pela Prefeitura – Admissibilidade – Aplicação do disposto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer), desde que as atividades não ultrapassem para a atuação de médico oftalmologista – Precedentes – Sentença de improcedência na origem – Decisão reformada – Recurso provido***" (Ap. 0001256-43.2012.8.26.0588, rel. Des. EDUARDO GOUVÊA, j. 21.10.2013).

Diante desse contexto jurisprudencial, tenho como caracterizado o direito líquido e certo à obtenção do alvará, com a ressalva, evidente, de que está proibido o exercício de atos privativos de médico oftalmologista.

Concedo a ordem, nesse sentido.

Ante o exposto, pelo meu voto e nos termos acima, ***dou provimento ao recurso***.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001060-42.2010.8.26.0233, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes RENATO CRISTIANO DA SILVA e WERICA ALINE JUSTINO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE IBATÉ.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao recurso. Vencido o relator que declara. Acórdão com o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12787)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU, vencedor, JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, vencido, MOREIRA DE CARVALHO (Presidente).

São Paulo, 2 de abril de 2014.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação que pretende indenização por dano moral. Cidadão que é expulso de festa em recinto gerenciado pela Administração Municipal por ordem do alcaide. Ausência de motivo legal para tanto. Desvio de finalidade. Lesão à honra objetiva configurada. Indenização pelo dano moral cabível. Ação procedente. Recursos providos.

VOTO

I. RELATÓRIO

Adotado o relatório apresentado pelo eminente desembargador originalmente sorteado para a relatoria do recurso, de seguinte teor: "RENATO CRISTIANO e OUTRA, inconformados com a respeitável sentença de fls. 278/286, que julgou improcedente o pedido mediato, interpuseram recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) a suficiência da prova produzida quanto à alegação de que a expulsão dos apelantes do recinto foi imotivada; (ii) ausência de ação ou omissão estatal causadora de dano moral; (ii) a inconsistência da tese sustentando que a expulsão dos apelantes decorreu de comportamento inadequado do autor Renato; (iii) a configuração de ofensa à honra e à dignidade dos autores em decorrência da expulsão. O prazo para contrarrazões transcorreu sem manifestação do apelado (fls. 305v), o recurso foi regularmente processado".

II. FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

1. Com a devida licença da posição do eminente relator originalmente sorteado, que ficou vencido, divirjo de seu respeitabilíssimo voto.

2. Quer parecer que, pelos depoimentos **gravados** juntados aos autos, especialmente os de fls. 212, ainda extremamente deficientes em áudio, mas audíveis e transcritos na r. sentença, mais a juntada do B.O. (fls. 29) elaborado quando do evento – na realidade na madrugada de 25 de junho –, quando os autores (incluo aqui a autora dos autos em apenso, eis que o fato é uno) foram

Acesso ao Sumário

expulsos da **XXIII FESTA DO PEÃO DE BOIADEIRO DE IBATÉ** por ordem do Prefeito Municipal de então, ordem executada por **Marcia Maria Martins Pisanelli**, e pela Guarda Municipal, eis que aquele teria tido um relacionamento com a atual namorada do autor (e autora, também, dos autos em apenso – Werica Aline Justino), com abuso de poder.

3. Anote-se que os autores lograram frequentar a festa nos dias subsequentes por ordem judicial advinda de mandado de segurança (fls. 21 e ss – liminar em cópia a fls. 35).

4. Patente o abuso de poder, aliás como consta da r. decisão liminar que deferiu aos autores a faculdade de frequentar o recinto, desde que pagassem o ingresso respectivo. Não pode o funcionário público eleito jactar-se de poderes que não possui. O cidadão tem direitos e, se o autor havia provocado tumulto em festa similar no ano anterior, o que não ficou provado, mesmo assim não seria possível, pura e simplesmente, expulsá-lo da nova festa, como se condenado a pena imposta por um desafeto (prefeito) sem qualquer defesa.

5. O insigne Hely Lopes Meirelles tem lição imorredoura, sendo que o ato caracteriza o desvio de finalidade (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27.ª ed., p. 109): "O desvio de finalidade, ou de poder, verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou **com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.** O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; ou, ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação. O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que: 'Indícios vários e concordantes são prova'. Dentre os elementos judiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou. A propósito, observou Sayagués Laso, com muita agudeza, que: 'La prueba de

Acesso ao Sumário

la desviación de poder se busca generalmente en la documentación que figura en el expediente administrativo o que se incorpora luego ai expediente judicial. También se ha admitido la prueba testimonial, así como la prueba indiciaria, pêro apreciándolas con critério restrictivo y exigiendo que las presunciones sean graves, concordantes y precisas. No pueden establecerse regias generales sobre cuales circunstancias o detalles dan base para afirmar que existe desviación de poder. Pero, indudablemente, uno de los más característicos es la inexatitud o discordância de los motivos que aparentemente justificar el acto'."

6. No caso, pelo meu voto, reconhecendo o desvio de finalidade e o abuso de poder do alcaide, reconheço a lesão moral aos autores, que se viram em situação vexatória e humilhante ao terem que abandonar um evento público (festa), em pequena cidade do interior, sem motivo aparente (ou real), apenas pelo fato de que o funcionário eleito para gerir a urbe não os estimava.

7. Responde pela indenização a pessoa política, ré, conf. art. 37 da Constituição, podendo haver ação de regresso. Como disse Marçal Justen Filho (Curso de Direito Administrativo, p. 1.077, Saraiva): 'A responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos. Há necessidade de: (a) dano material ou moral sofrido por alguém, (b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, (c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal. A responsabilidade civil do Estado depende da consumação de um dano, material ou moral, imputável a ele. O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, causando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia. A ação ou omissão imputável ao Estado. A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, seja ativa, seja passiva, que produza efeito danoso a terceiro.'

8. Nesse diapasão, vale anotar que, para que se estabeleça a responsabilidade do agente, mister aferir-se a extensão ou o 'quantum' do dano para dimensionar a indenização. O artigo 944 do Código Civil preceitua expressamente que a indenização mede-se pela extensão do dano. Ora, como mensurar a extensão do dano? Nesse passo, impende mencionar que, não obstante o dano moral não guardar nenhuma relação com o dano material, sendo que indeniza o dano psicológico, o desequilíbrio emocional que o evento provoca, a dor interior, imaterial. Os danos morais, nas palavras de Wilson Mello da Silva – em sua obra o Dano Moral e sua reparação – "são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". Como diz Carlos Roberto Gonçalves: "O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima

Acesso ao Sumário

do evento danoso (...) pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a consequência do dano. (...) o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente." ('Responsabilidade Civil', p. 611, Saraiva).

A humilhação abalou a reputação e honra dos autores, moradores de pequena urbe. Presente a necessidade de indenização pelo dano moral.

9. Entretanto, como essa indenização não tem o objetivo de enriquecer, fixo a indenização pelo dano moral, **para ambos os autores**, em R$ 15.000,00 com correção monetária a partir da data desta decisão, nos termos da Tabela Prática do TJSP, com juros de 6% a.a., a partir da distribuição da ação, inaplicável a Lei n.º 11.960/09. Verba honorária em R$ 1.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001635-80.2005.8.26.0312, da Comarca de Juquiá, em que é apelante ALEXSANDRO DE SOUZA GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª 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 16970)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), BURZA NETO e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS.

1. Queda de aluno ao tentar transpor mureta no entorno de quadra poliesportiva – Existência de passagem segura que dá acesso à quadra – Aluno que preferiu o risco da manobra, pulando o obstáculo – Responsabilidade civil objetiva da administração pública – Descabimento – Hipótese de excludente de ilicitude civil consubstanciada na culpa exclusiva da

vítima – Improcedência da ação – Manutenção da sentença.

2. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 245/247, cujo relatório se adota, que ***julgou improcedente a ação***, fixando honorários de R$ 2.000,00, com as ressalvas da Lei nº. 1.060/50.

Os ***autores apelaram*** (fls. 251/268), alegando, em síntese, que a prova produzida na ação (testemunhal e pericial) confirmam os fatos narrados na inicial, de modo que a Fazenda Estadual deve ser responsabilizada pelo evento. O direito à indenização pelos danos (moral e estético) é patente. O pedido inicial, assim, procede.

Houve resposta (fls. 274/277).

É o relatório.

O recurso desmerece provimento.

De início, é preciso salientar que ***a responsabilidade civil da ré no evento é objetiva e não subjetiva,*** *ex vi* da ***teoria do risco administrativo***, de modo que é desnecessária a prova de culpa ou a perquirição sobre a qualidade do comportamento respectivo, se ***comissivo ou omissivo***. Para tanto, bastam que os elementos essenciais da responsabilidade civil estejam configurados (ato, dano e nexo causal). A análise da culpa apenas deverá ser feita em eventual ação regressiva posteriormente promovida pela administração em face de seus agentes.

De fato, a mera existência de liame etiológico já é o bastante para a caracterização da responsabilidade civil objetiva do ente público. Afinal, pela aplicação da ***teoria do risco administrativo***, não se discute culpa do Poder Público para fins de verificação de sua responsabilidade, cabendo perscrutar apenas a existência de dano e nexo causal. Não havendo rompimento do liame de causalidade, remanesce a responsabilidade civil objetiva do Estado (sentido amplo).

Sobre essa importante matéria, com toda propriedade, o insigne **jurista Rui Stoco**, em sua obra **"Tratado de Responsabilidade Civil", 6ª edição, Editora RT, pp. 1051/1052**, aduz que é:

> **"*Impróprio falar em 'concorrência de culpas', usando a expressão no plural, pois se a responsabilidade do Estado é objetiva, porque sustentada na teoria do risco administrativo, segundo a dicção do artigo 37, § 6º, da CF/88, não se pode falar em 'culpa' do Poder Público*".**

Acesso ao Sumário

Ainda:

"*A teoria da responsabilidade objetiva do Estado consagrou-se nos seguintes termos: para a sua responsabilização basta a existência de nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o evento danoso, desde que não ocorram quaisquer das causas de exclusão, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, e outras. Já ficou assentado, ainda, com supedâneo em escólio de Celso Antônio, que a questão, ainda assim, cinge-se apenas à existência ou inexistência de nexo etiológico e nada mais. É que ocorrendo força maior (ou qualquer outra das causas excludentes), de natureza irresistível e inevitável, o fato será relevante apenas para comprovar a ausência do nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Isto pela simples razão de que se foi produzido por força maior então não foi, à evidência, produzido pelo Estado, restando ausentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade objetiva*".

De outra parte, leciona o **preclaro Professor Hely Lopes Meirelles:**

"*A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado (...) Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no artigo 194 da Constituição Federal de 1946*"[1].

In casu, porém, o direito à reparação civil, a despeito da responsabilidade objetiva da administração pública, é enfraquecido pela culpa exclusiva atribuível ao autor pela ocorrência do acidente. Não obstante a queda tenha sido puramente acidental (o autor não foi empurrado por nenhum colega), não há dúvida de que o autor assumiu o risco de sua ocorrência, quando voluntária e conscientemente não fez uso de uma saída segura para chegar ao seu destino final (bebedouro).

As fotos de fls. 18/19, 154 e 157 (ao contrário do alegado na inicial)

1 *Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, São Paulo: Malheiros, ano 2005, páginas 631/632.*

Acesso ao Sumário

indicam que havia uma ***passagem segura de acesso à quadra poliesportiva***, com espaço suficiente para mais de uma (1) pessoa, cujo vão seria o local adequado para a saída das crianças. Tal passagem foi construída para propiciar a entrada e a saída segura dos alunos, uma vez que havia uma mureta que cercava a quadra de esportes. Logo, resta claro que a queda foi provocada por imprudência do autor, que preferiu transpor a mureta ao invés de sair da quadra pela passagem existente no local. Veja-se que o próprio autor admite que enroscou a perna na mureta, ocasionando a queda e os ferimentos (fls. 14), o que sinaliza que efetivamente preferiu não fazer uso da passagem. Certamente tentou pular o muro, cujo intento leva a crer que ***não estava andando*** (como alegou em suas declarações – fls. 14), mas provavelmente ***correndo*** para, pegando impulso, transpor o obstáculo.

Seu professor de educação física não presenciou o acidente (fls. 15), mas apenas o socorreu. As testemunhas arroladas pelo autor não alteram a dinâmica dos fatos consubstanciada na decisão precipitada de deixar a quadra pela maneira mais aventureira. As três (3) testemunhas ouvidas também não viram o acidente. ***Francisco*** (vizinho que acompanhou o autor no hospital – fls. 240) e ***Roberto*** (fls. 242) restringiram-se a testificar a mudança de humor do autor, em virtude das limitações e sequelas (físicas e emocionais) do acidente. ***Daiana***, por sua vez, colega do autor, confirmou que os alunos costumavam pular a mureta, por falta de advertência dos professores (fls. 242). Tal circunstância, à evidência, não exclui a culpa exclusiva do autor, pois preferiu trilhar o caminho mais perigoso para beber água, cujo risco exsurgia da própria manobra em si, independentemente de qualquer aviso, placa ou ameaça de punição da escola ou mesmo da construção da mureta no entorno da quadra de esportes.

Nessa linha, as conclusões da perícia de engenharia não determinam a responsabilidade civil da administração pública (fls. 146/160 e 196/200), pois não se ventila a sua participação no evento lesivo. Na espécie, o autor foi vítima de sua própria desventura, de maneira que não cabe atribuir à Fazenda Estadual a responsabilidade pela queda, a qual causou significativas e dolorosas lembranças (fls. 178/184).

É o que se decide.

Posto isso, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9221464-65.2008.8.26.0000, da Comarca de Mococa, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MOCOCA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL, CONSIDERADO INTERPOSTO, E VOLUNTÁRIO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), RICARDO DIP e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 11 de março de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra Municipalidade, objetivando a remoção e alojamento adequado dos ocupantes de imóvel particular que se encontra com risco de desabamento. Demanda julgada procedente. Recurso da Municipalidade buscando inversão do julgado. Admissibilidade. Não mais existente risco de desabamento. Acolhimento do pedido que vulneraria o princípio da separação dos poderes. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário providos.

VOTO

I. Trata-se de Ação Civil Pública com pedido de liminar movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE MOCOCA, relatando na inicial, em resumo, que, muito embora se encontre em situação de degradação, várias famílias têm ocupado, para fins de moradia, o imóvel onde se situava o "Curtume Panamericano", encontrando-se em séria situação de risco. Postulou se determine à Municipalidade que interdite o local, "*fazendo cessar a situação de risco, sob pena de multa diária, por família, que se sugere seja de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo da responsabilização do agente ou servidor público desidioso pelo crime de desobediência e de periclitação à vida, assim como pela prática de improbidade administrativa*." (textual – fls. 28). Requereu, ainda, que a ré promova a desocupação gradual dos moradores e seus bens do citado local, bem como providencie alojamentos para a moradia dessas pessoas, fornecendo transporte para elas e suas mobílias. Também pleiteou que a Municipalidade promova a vigilância dos bens dos moradores, nomeando-a como fiel depositária dos mesmos.

A r. decisão de fls. 89/92 deferiu a antecipação de tutela para determinar à Municipalidade que, no prazo de 30 (trinta) dias, "*promova os atos necessários à desocupação e interdição do* '*Curtume Panamericano*'*, realojando*

Acesso ao Sumário

adequadamente as famílias que dali forem removidas, providenciando transporte e vigilância para seus pertences, tudo sob pena de multa de R$ 50.000,00 por dia de atraso após o prazo concedido e sem prejuízo de outras sanções civis e penais cabíveis." (textual – fls. 92). Contra essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento, julgado prejudicado por esta C. Câmara em sessão de 03.03.2008 (Agravo de Instrumento nº 452.727-5/8, desta Relatoria – fls. 424/427).

A r. sentença de fls. 321/331, cujo relatório fica adicionalmente adotado, julgou procedente a ação, tornando definitiva a liminar concedida, "*limitando o valor da multa naquela fixada em R$ 2.000.000,00. Outrossim, fixo novo prazo de trinta dias para cumprimento da obrigação aqui definida, determinando à ré que promova os atos necessários à desocupação e interdição do* '*Curtume Panamericano*'*, realojando adequadamente as famílias que dali forem removidas, providenciando transporte e vigilância para seus pertences, tudo sob pena de multa de R$ 50.000,00 por dia de atraso após o prazo concedido, sem prejuízo de outras sanções civis e penais cabíveis, e ressalvando que a obrigação de fazer aqui estabelecida poderá ser levada a efeito pelos demais meios para a execução cabíveis à espécie.*".

Sobreveio apelação da Municipalidade que, nas razões de fls. 337/372, alega, preliminarmente, que: a) o agravo de instrumento interposto contra a decisão que antecipou os efeitos da tutela deve ser julgado antes do presente recurso; b) o processo é nulo desde fls. 251, posto que a ora apelante não foi intimada dos atos processuais por 1 (um) ano e 3 (três) meses; c) a nulidade da sentença, diante do cerceamento de defesa, que a impediu de produzir as provas testemunhal e pericial postuladas; d) o processo é nulo a partir de fls. 89/92, pois não foi cumprido o disposto no artigo 2º, da Lei nº 8.437/92, no sentido de que a liminar em ação civil pública somente será concedida após a oitiva da pessoa jurídica de direito público; e) a antecipação de tutela deferida infringiu o disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, pois ela esgotou, no todo, o objeto da ação; f) ilegitimidade passiva, posto que o imóvel ocupado é de propriedade particular (Massa Falida de "Curtume Panamericano"); g) ilegitimidade ativa e falta de interesse processual, posto que o Ministério Público está a defender interesses particulares, da própria massa falida. No mérito, postula a inversão do julgado, aduzindo, em síntese, que: a) a ora apelante já presta toda a assistência social, educacional e à saúde às 11 (onze) famílias residentes no imóvel a ser desocupado; b) inexiste laudo pericial comprobatório do perigo de se residir nesse imóvel; c) a vistoria realizada no local constatou que apenas uma das onze famílias vivia em situação de risco (a de Alicínio), sendo que ela já foi removida do local pelo Padre Celso que a acomodou na Paróquia Santa Luzia, em 20.10.2004, onde se encontra até o momento; d) a presente ação tem cunho político, tendo sido encabeçada pelo ex-candidato a Vice-Prefeito Municipal de Mococa, o Sr. Fábio Delduca, do PT; e) inexiste previsão orçamentária para

Acesso ao Sumário

os gastos decorrentes com o alojamento e cuidado destas 11 (onze) famílias residentes no imóvel a ser desocupado; f) houve violação à autonomia municipal; g) a prova emprestada constante a fls. 250/273 é ilegal, pois foi produzida em outro processo, no qual a ora apelante não participou; h) não há nenhum foco de doença no local a ser desocupado.

A r. decisão de fls. 373 recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo, tendo sido interposto Agravo de Instrumento contra a mesma, que foi improvido por esta C. Câmara (Agravo de Instrumento nº 751.793.5/8, j. 03.03.2008, desta Relatoria – fls. 430/435).

O recurso foi respondido a fls. 375/390, subindo os autos. Nesta Instância, a Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 444/473, opina pelo improvimento do recurso. Este, em síntese, o relatório que se agrega ao já constante dos autos.

II. Por primeiro, considera-se interposto o reexame necessário, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, e a ele, bem como ao recurso voluntário, dão provimento.

Primeiramente, analisa-se a matéria preliminar.

O Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que deferiu a antecipação de tutela foi julgado prejudicado diante da superveniência de sentença com decreto de procedência da demanda (Agravo de Instrumento nº 452.727-5/8, j. 03.03.2008, desta Relatoria – fls. 424/427).

Não é caso de se anular o feito desde fls. 251, ao fundamento de que a ora apelante não foi intimada dos atos processuais por 1 (um) ano e 3 (três) meses. Ainda que tardiamente, foi intimada para se manifestar sobre os documentos apresentados (fls. 314/319). Ademais, disso não lhe decorre nenhum prejuízo.

Arreda-se, ainda, a arguição de cerceamento de defesa. Não há falar, na espécie, em nulidade processual decorrente da não realização de provas pericial e testemunhal. A prova trazida aos autos era suficiente 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 Apelação Cível nº 934.586-5/7-00, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. o Des. FRANCISCO VICENTE ROSSI, j. 26.10.09).

O não cumprimento do disposto no artigo 2º, da Lei nº 8.437/92, no

sentido de que a liminar em ação civil pública somente será concedida após a oitiva da pessoa jurídica de direito público, comporta abrandamento diante do perigo da demora. No caso dos autos, o fundamento da medida antecipatória foi o risco à vida e à incolumidade de pessoas diante do provável desabamento do prédio.

A arguição de ilegitimidade passiva interpenetra-se com o mérito da lide e com ele será apreciada.

O Ministério Público está legitimado a propor ação civil pública, para defesa de interesses difusos e coletivos, consoante o artigo 5º, inciso I, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (redação dada pela Lei Federal nº 11.448/2007), bem assim o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Isto era o que, pelo menos de início, se demonstrava.

Assim, descabia obstar o acesso ao Poder Judiciário, por afirmada ausência de interesse processual. Valiosa, a esse respeito, lição doutrinária de MOACYR AMARAL SANTOS: "***O direito de agir, direito de ação, é, já o dissemos, distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário. Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo, o interesse de agir não se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.***".

A jurisprudência do Egr. Superior Tribunal de Justiça, a propósito de casos assemelhados, tem se orientado de maneira uníssona aqui perfeitamente aplicável: "***AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRECEDENTES – I – O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Precedentes; II – Agravo regimental improvido.***" (REsp nº 725.257/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 14.05.2007, REsp nº 397.840/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 13.03.2006, REsp nº 265.300/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 02.10.2006).

Verdade é que, no caso vertente, tratava-se de imóvel titulado por particular. Fora de dúvida que o interesse primeiro no tocante à providência postulada (ou ao menos no que respeita à maior parte dos pedidos formulados) diz respeito ao particular, titular da propriedade. De todo modo, como o órgão ministerial alega que a situação verificada passa a afetar direitos e interesses

Acesso ao Sumário

de natureza coletiva que lhe compete preservar, não era mesmo o caso de se rechaçar de plano o processamento da ação.

Quanto ao mérito, porém, entende-se assistir razão à apelante.

A presente ação civil pública visava compelir a Municipalidade a interditar imóvel particular que fora invadido, inicialmente, por 11 (onze) famílias, pois este apresentava risco de desabamento, colocando em perigo a vida destas pessoas, bem como a fornecer moradia adequada para tais famílias.

O imóvel em questão, localizado no Município de Mococa, é de propriedade da Massa Falida de "Indústria e Comércio Panamericano de Couros Ltda.", conhecido como "Curtume Panamericano" (fls. 70/74), que, inclusive, já ajuizara Ação de Reintegração de Posse do referido imóvel (fls. 290/300).

Depreende-se da prova dos autos que, inicialmente, o imóvel invadido, de fato, corria risco de desabamento, e isto colocava em risco a vida das pessoas que lá habitavam. Presente se encontrava o substrato – fundado em interesses de cunho difuso e coletivo – que justificava a intervenção do órgão do Ministério Público por meio da presente ação civil pública.

A própria Prefeitura Municipal de Mococa, por meio de seu Departamento de Obras, atestou tal situação, em janeiro de 2005, cujo trecho a seguir se reproduz: "***Em visita realizada ao Curtume Pan-Americano constatamos não haver a mínima infra-estrutura para habitação inclusive parte da estrutura encontra-se condenada...***" (textual – fls. 66). Tal situação permanecia inalterada em setembro de 2005 (fls. 82).

A "Inspeção de Riscos Ambientais" realizada pela Comissão Municipal de Defesa Civil – COMDEC, em novembro de 2005, atestou que havia diversos moradores que residiam em barracas no imóvel invadido, não havendo risco de danos aos mesmos. Contudo havia "***um prédio construído em alvenaria e coberto por laje concretada, chamada de Antiga Casa de Força, e nela***" estavam "***05 moradores. Esse prédio***" apresentava "***rachaduras nas paredes laterais e na laje teto e aí sim foi considerada área de RISCO, capaz de cair e agredir ou causar danos aos moradores.***" (textual – fls. 226).

Em dezembro de 2005, tal situação se alterou, como se constata pelo Auto de Constatação de fls. 251, o qual explicita que "***famílias compostas de adultos, mulheres e homens, bem como crianças permanecem alojadas em barracos no local e tendas de lona fora da estrutura de concreto, sendo que as paredes que ofereciam riscos foram demolidas, bem como a cabine de força também foi demolidas.***" (textual).

A ausência de riscos aos moradores também foi atestada pelo Corpo de Bombeiros (fls. 253). No mesmo sentido, novo laudo de vistoria técnica do Departamento de Obras da Municipalidade de Mococa (fls. 254).

Assim, o risco de desabamento que justificava a propositura da presente

ação civil pública acabou por desaparecer.

E se é inegável que a infraestrutura sanitária do local é realmente precária, ou mesmo inexistente, como fora assinalado pela Equipe Técnica de Vigilância Sanitária da Municipalidade ora apelante (fls. 284), isto não justifica a procedência desta ação, simplesmente porque não se pode carrear ao Município a resolução de antigos e notórios problemas sociais, à margem da discricionariedade que o Poder Judiciário não pode recusar à Administração Pública.

A manutenção do decreto de acolhimento da ação emanado em primeiro grau equivaleria sem dúvida a consagrar ingerência do Poder Judiciário sobre esfera de atuação própria do Poder Executivo, de maneira a se abalançar a estabelecer as políticas habitacionais da Municipalidade de Mococa, impondo que esta providencie moradia para as pessoas que habitam no imóvel em tela, em detrimento dos critérios utilizados por esta para a disponibilização orçamentária em questões habitacionais.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de julgado deste E. Tribunal de Justiça, a propósito de caso assemelhado:

"***Contudo, na hipótese dos autos, não pode o Judiciário compelir o ente público a destinar moradias aos desalojados defendidos nestes autos, nos programas habitacionais em que outras pessoas, tão necessitadas quanto, já estejam inscritas, aguardando a entrega de unidade habitacional. Haveria flagrante ofensa à isonomia.***

Cabe ao Poder Executivo o direito e o dever de fixar as prioridades de sua administração, dentro da previsão orçamentária, sob pena de afronta ao art. 2º da Constituição Federal que consagra a separação dos Poderes.

Aliás, o plano de governo e suas metas constituem (ou deveriam constituir) a direção do voto popular e, portanto, a serem consideradas pelo eleitor. Ou seja, no regime democrático, é o cidadão que, indiretamente, escolhe as prioridades a serem perseguidas pelos governantes eleitos.

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário impor à Administração as medidas pleiteadas, por invadir área de sua competência exclusiva. A matéria está adstrita à esfera do poder discricionário da Administração Pública e sujeita à prévia dotação orçamentária." (6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 994.09.371643-0, j. 29.03.2010, Rel. o Des. OLIVEIRA SANTOS).

Também deste E. Tribunal de Justiça:

"***APELAÇÃO CÍVEL – Ação civil pública – Invasão de propriedade particular – Dever da Fazenda do Estado e da Municipalidade de São Paulo de protegerem o imóvel de invasões e incluírem os invasores em programas habitacionais corretamente afastada em Primeiro Grau – Sentença ratificada nos termos do artigo 252, do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça – Recurso desprovido.***" (8ª Câmara de Direito

Público, Apelação Cível nº 0130159-28.2007.8.26.0053, j. em 07.08.2013, rel. a Des. CRISTINA COTROFE).

E desta Câmara: "***DIREITO A MORADIA. DEMANDA ADJUDICATÓRIA. Não há exercício de direito fundamental inteiramente à margem de uma ação positiva do Estado – e, portanto, isento de custos. A universalidade do direito ao bem jurídico da moradia dirige os correspondentes deveres de prestação estatal à ordenação de medidas razoáveis na órbita dos recursos disponíveis, de maneira que possa realizar-se progressivamente o bem perseguido. A permissão da reserva de normas restritivas em matéria de direito social de prestações leva a que a escolha constitucional demande o concurso de uma sobredeterminação por leis infraconstitucionais, é dizer, a concorrência de uma definição específica dos conteúdos do direito em foco, assinando-se ao legislador ordinário um 'amplo espaço de liberdade de conformação' (Rui Medeiros). A admissão de demandas pela instituição de uma política pública habitacional e a observância das leis que lhe correspondam, as orçamentais, inclusive, não importam na correlata permissão de pleitos que visem à adjudicação singular de bens.***" (Apelação Cível nº 990.10.036935-2, atual 0011451-95.2008.8.26.0566, j. 10.05.2010, Rel. o Des. RICARDO DIP).

Dá-se, portanto, provimento aos recursos oficial e voluntário para julgar a ação improcedente, revogando-se a liminar concedida.

III. Pelo exposto, dão provimento aos recursos oficial, considerado interposto, e voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003435-95.2003.8.26.0286, da Comarca de Jaguariúna, em que são apelantes/apelados RENOVIAS CONCESSIONÁRIA S/A e ITAÚ SEGUROS S/A, é apelado/apelante JAMER MASCARENHAS MARQUES.

ACORDAM, em 3ª 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 23.659)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de março de 2014.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA. RODOVIA. AGRAVO RETIDO. TESTEMUNHA OUVIDA COMO MERA INFORMANTE DO JUÍZO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE. FACULDADE PREVISTA NO ART. 405, § 4º, DO CPC. AGRAVO DESPROVIDO. DANOS CAUSADOS AO IMÓVEL DO AUTOR EM RAZÃO DAS OBRAS DE MELHORIA EXECUTADAS PELA CONCESSIONÁRIA. CONSTATAÇÃO PELA PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO DER. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE PARTE DA CONCESSIONÁRIA DESCARTADA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA NO LIMITE DA APÓLICE. EXISTÊNCIA DE CONTRATOS DE SEGURO DESDE O ANO DE 1998. SENTENÇA MANTIDA.

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.

APELAÇÕES DESPROVIDAS.

VOTO

Apelações tempestivas, manejadas pela RENOVIAS CONCESSIONÁRIA S/A (fls. 763/779) e por ITAÚ SEGUROS S/A (fls. 832/835), nos autos da ação ordinária movida por JAMER MASCARENHAS MARQUES, inconformadas com a r. sentença de fls. 754/757, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Renovias na obrigação de: a) em antecipação dos efeitos da tutela nesta decisão, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00, promover às suas expensas, a reabertura da vala e do tanque; b) em antecipação dos efeitos da tutela nesta decisão, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, promover a recuperação do imóvel, de acordo com a proposta e o orçamento feitos pelo perito judicial; c) realizar as obras necessárias à eliminação do ponto de descarga de águas pluviais localizado no limite Oeste do imóvel do autor; d) pagar as despesas processuais, bem como os honorários advocatícios do autor, e do DER, arbitrados em R$ 2.000,00 para cada parte vencedora. Por outro lado, julgou procedente a lide secundária para condenar a litisdenunciada Itaú Seguros S/A a ressarcir a litisdenunciante Renovias da quantia por ela suportada em decorrência desta condenação, até o limite máximo da garantia fixada na apólice para os danos causados por escavações, fundações, contenções, e afins, no percentual de 20%, devendo, pela ausência

Acesso ao Sumário

de resistência, cada parte arcar com as respectivas despesas processuais e honorários advocatícios.

Em razões recursais a Renovias reiterou o agravo retido de fl. 639 e insistiu na impossibilidade de oitiva da esposa do autor como testemunha, nem mesmo como informante do juízo. Alega, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, eis que quando assumiu a gestão da rodovia SP 340, os danos em questão já existiam, e eram de responsabilidade do DER. No mérito, insiste que não fora constatado qualquer dano ambiental referente à descarga das águas pluviais na propriedade, de forma a ensejar a concessão da tutela antecipada, que deve ser revogada. Pede a improcedência da ação ou, subsidiariamente, a limitação de sua responsabilidade a 17,23% da indenização, vez que essa porcentagem corresponde a sua área dentro da Bacia de Contribuição Hidrográfica na qual está inserida a propriedade do autor, bem como sejam as obras executadas somente após as obtenções das licenças ambientais e autorização municipal.

A Itaú Seguros S/A sustenta que as obras tiveram início nos anos de 1998 e 1999, mas a vigência da apólice de seguros somente se iniciou no ano de 2001, de sorte que somente os sinistros ocorridos após tal data poderiam ser indenizados. Subsidiariamente, aduz a necessidade de se descontar a franquia equivalente a 20% dos prejuízos, dentro dos limites de R$ 20.000,00 e R$ 70.000,00.

Contrarrazões (fls. 802/818 e 900/908).

É o relatório.

Em cumprimento ao preceito acolhido pelo artigo 523, *caput*, do Código de Processo Civil, conheço do agravo que se processou retido nos autos, porque reiterado em razão de apelo, porém, lhe nego provimento.

Houve-se com o costumeiro acerto a i. Juíza de direito ao ouvir a esposa do autor, como informante do juízo (fls. 639 e 642/vº), conforme lhe faculta o art. 405, § 4º, do CPC.

Não se evidenciou, com sua oitiva, qualquer prejuízo ao desfecho da demanda.

Acesso ao Sumário

A questão da legitimidade de parte da concessionária e da responsabilidade dos danos causados ao imóvel de propriedade do autor narrados no pedido inicial está intimamente imbricada com o mérito e com ele será conjuntamente analisada.

A questão angular consiste em estabelecer se as obras feitas pelo DER, ou as obras de manutenção e melhoria realizadas posteriormente pela Renovias, causaram os danos que o autor relata na inicial da demanda.

Realizada prova técnica pericial, o perito judicial relatou que, "em face das obras de melhoria realizadas pela Renovias no sistema de drenagem da Rodovia, Retorno e de Imóveis adjacentes, proporcionou a captação de uma

grande área o que provoca a concentração de um grande volume de água a ser despejado diretamente no Imóvel do Autor e em um só ponto" (fl. 415).

Descreveu o perito judicial que "pelo fato do Imóvel de propriedade do Autor, estar em nível inferior ao da Rodovia SP- 340, da Alça de Acesso, do Retorno, de Imóveis adjacentes e da Estrada Municipal, a maneira mais simples e econômica encontrada pela Renovias, para resolver o problema das águas pluviais foi executar um sistema de captação e drenagem conduzindo a parte dessas águas para o Imóvel do Autor". Diante das vistorias realizadas no imóvel, o perito judicial concluiu que, "devido ao sistema de drenagem da Plataforma da Rodovia de áreas adjacentes carreou material despejado na propriedade do Autor, assoreando parte da vala que corta o Imóvel, por ocasião das chuvas as águas não tem como passar pela valeta, elas se espalham sobre o terreno, tornando-o encharcado por alguns dias" (fl. 426).

Foi apresentado pelo perito, quando da elaboração do laudo pericial, as providências necessárias para a recomposição da valeta e do tanque que foi assoreado pelo material trazido pelas águas pluviais (fls. 396/427).

Restou incontroverso, portanto, que efetivamente foram causados danos ao imóvel do autor, e que estes decorreram das obras de melhoria realizadas pela Renovias no sistema de drenagem da Rodovia SP-340.

Consoante já havia sido decidido anteriormente, fica afastada qualquer responsabilidade por parte do DER.

Por outro lado, consoante xerocópias das apólices de seguros juntadas pela Renovias às fls. 903/908, percebe-se que os contratos de seguro se iniciaram em 1998, tendo sido renovados anualmente.

Infundada, portanto, a alegação da Itaú Seguros S/A de que inexistia apólice de seguros vigente quando da ocasião das obras de melhoria e da ocorrência dos danos ao imóvel do autor.

Os prejuízos estarão efetivamente cobertos até o limite previsto efetivamente na apólice.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E ÀS APELAÇÕES.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0352370-68.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada SUELI DE SOUZA PEREIRA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária 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 22300)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente) e MARREY UINT.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Servidor do TJSP – Licença-saúde – Prorrogação – Indeferimento administrativo – Lapso de tempo entre o término da licença e o indeferimento do pedido de prorrogação é considerado licença (art. 185, § 1º, da Lei 10.261/68) – Ilegalidade da anotação como faltas justificadas e injustificadas – Mantida a concessão da segurança – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Apelação do ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 65/ss) contra r. sentença (fls. 61/ss) proferida em mandado de segurança impetrado por SUELI DE SOUZA PEREIRA contra ato atribuído ao sr. DIRETOR DO SRH – SERVIÇO DE PROCESSAMENTO DE FREQUÊNCIA DO TJSP, pelo qual a impetrante pretende cancelamento de faltas justificadas e injustificadas, haja anotação como licença, cessados os respectivos descontos. Em suma, alega na inicial que é servidora do TJSP, pediu licença-saúde e, ao final dela, requereu prorrogação, o que foi indeferido. Esclarece que o lapso de tempo entre o pedido de prorrogação e o indeferimento da licença, foi anotado como faltas injustificadas e justificadas, havendo desconto pecuniário, o que é ilegal, já que contraria o art. 42 do Decreto 29.180/88 e Lei 10.261/68, art. 185, § 1º e 186.

2. A r. sentença, do MMº Juiz Fernão Borba Franco, concedeu a pretendida segurança, ao fundamento de que as informações do impetrado não impugnaram o pedido e até tem teor de que a impetrante tem razão.

3. Alega o apelante que não é caso de mandado de segurança, dada a necessidade de dilação probatória; provada a ausência indevida da servidora, era mesmo o caso de lançar como faltas.

4. Recurso tempestivo, isento de preparo, respondido (fls. 74/ss) e r. parecer ministerial (fls. 88).

É o relatório.

5. Ao contrário do alegado pelo apelante, não há necessidade de dilação

Acesso ao Sumário

probatória, pois a alegação fática acima registrada está demonstrada nas cópias de holerite (fls. 16/7, 19/20) e nas informações prestadas pela autoridade indicada como coatora (fls. 35), nas quais constam os dados sobre a alegada licença, as faltas justificadas e injustificadas.

No mérito, improcede o recurso.

Diz o art. 42 do Decreto 29.180/88, que regula as perícias médicas para efeito de licença-saúde de servidor estadual que:

> **A licença será enquadrada como em prorrogação quando o pedido for apresentado: I – pelo menos até 8 (oito) dias antes de findo o prazo da licença que o funcionário ou servidor estiver usufruindo; II – antes do término da licença em que se encontrar, seja inicial ou em prorrogação, quando esta for de prazo inferior a 8 (oito) dias. Parágrafo único – Quando a decisão final do D.P.M.E. sobre o pedido de prorrogação de licença, solicitado nos termos deste artigo, for pela sua denegação, as faltas registradas no período, compreendido entre a data de término da licença anterior e a data de publicação do despacho denegatório, serão consideradas como de licença, independentemente de novo pronunciamento daquele órgão.**

No mesmo sentido é o Estatuto dos Servidores do Estado de São Paulo – Lei 10.261/68, art. 185, § 1º:

> **A licença poderá ser prorrogada "ex officio" ou mediante solicitação do funcionário. § 1º – O pedido de prorrogação deverá ser apresentado pelo menos 8 (oito) dias antes de findo o prazo da licença; se indeferido, contar-se-á como de licença o período compreendido entre o seu término e a data do conhecimento oficial do despacho denegatório.**

Note-se que o art. 186 do aludido Estatuto prescreve que:

> **As licenças previstas nos itens I e II do art. 181 (saúde, acidentária e doença), concedidas dentro de 60 (sessenta) dias, contados da terminação da anterior, serão consideradas em prorrogação.**

Em nenhum momento foi dito pela autoridade coatora que tenha havido desrespeito, pela impetrante, aos prazos legais e regulamentares acima realçados. Posto isso, a conclusão a que se chega é que a conduta consistente no lançamento de faltas justificadas e/ou injustificadas, com os respectivos descontos pecuniários, foi ilegal e precipitada, violando, assim, direito líquido e certo da servidora do TJSP, comportamento que não pode ser repetido.

Em caso semelhante Colegiado desta Corte julgou no mesmo sentido:

> **PROFESSOR. Lei 500/74. Férias regulamentares reduzidas para vinte dias em virtude da não reposição das aulas relativas ao período de greve. Servidor que se encontrava de licença-saúde no período de reposição das aulas. Licenças-médicas concedidas até sessenta**

Acesso ao Sumário

dias após o término da anterior são consideradas em prorrogação. Lei nº 10.261/68, artigo 186 e Lei nº 500/74, artigo 26. Afastamento por motivo de saúde que se considera de efetivo exercício, o que o descaracteriza como de falta às aulas que deixou de repor. Direito às férias integrais. Demanda procedente. Recurso não provido (Apelação / Reexame Necessário nº 0030804-31.2011.8.26.0562 Relator: Edson Ferreira Comarca: Santos Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 25/06/2013 Data de registro: 02/07/2013 Outro número: 308043120118260562).

Pelas razões expostas e mais seus judiciosos fundamentos, fica mantida a r. sentença.

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038129-77.2010.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ISMAEL LOPES DE ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Sustentou oralmente o Dr. Doriedson Silva do Nascimento, OAB nº 235.002, após, em prosseguimento ao julgamento, deram provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, concedida, de ofício, a tutela antecipada, para a implantação imediata do benefício, expedindo-se ofício. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.670)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEL FERRAZ (Presidente sem voto), ANTONIO MOLITERNO e RICARDO GRACCHO.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

ALDEMAR SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Acidentária – Problema nos pulmões do autor (sarcoidose) – Concessão de benefício – Admissibilidade – Laudo pericial que acaba por atestar a redução da capacidade laborativa do segurado – Nexo causal reconhecido pela própria autarquia – Ação julgada improcedente – Apelo do obreiro – Sentença reformada – Recurso

provido para julgar procedente a ação.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação acidentária movida por Ismael Lopes de Andrade em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, alegando que, em razão das condições agressivas de seu local de trabalho, está acometido por problemas no pulmão (sarcoidose), tendo, consequentemente, reduzida sua capacidade laborativa, motivo pelo qual busca a concessão de benefício pertinente à perda suportada (**fls. 02/13**).

A r. sentença de **fls. 398/402**, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação, sem condenação quanto aos ônus da sucumbência.

Apela o vencido em busca da reforma do julgado, requerendo, preliminarmente, a conversão do julgamento em diligência para a realização de nova perícia, além de, no mérito, sustentar a presença dos requisitos necessários ao deferimento da reparação pretendida (**fls. 408/420**), com resposta às **fls. 424/431.**

É o relatório.

Destaco, inicialmente, que, diante do resultado a ser dado a este julgamento, fica prejudicada a análise do pedido do autor de conversão do julgamento em diligência para a realização de nova perícia.

No mais, o provimento do recurso, para julgar procedente a ação, é medida que se impõe, a meu ver.

Trata-se a espécie de demanda em que o obreiro busca a concessão de indenização acidentária, sob o argumento da existência de prejuízo funcional causado pelos males indicados na inicial.

Realizada a perícia médica, a perita, após proceder ao exame físico e analisar os documentos médicos complementares trazidos ao feito, atestou no laudo de **fls. 277/288** que o segurado é "*Portador de sarcoidose. Tinha crises de dispneia e, após investigação, foi feito diagnóstico em 2009. Faz uso de corticoide e controle ambulatorial regular*", descrevendo seu local de trabalho nos termos seguintes: "*Trata-se de processo industrial de produção de fornos, havendo exposição a poeiras de sílica, óxidos e ligantes, tendo sido observada a utilização das proteções recomendadas pela legislação. As atividades são demonstradas em imagens, assim como o ambiente laboral com exposição a poeiras oriundas de minerais utilizados na composição*", que "*Atualmente ele trabalha na área elétrica, na produção e dobragem de barramentos metálicos*", que dos riscos ocupacionais foi observada "*a presença de poeiras minerais de diversos elementos presentes do processo produtivo, não sendo possível estimar ou quantificar de algum modo os agentes químicos presentes, a granulometria*

e suas concentrações, o que só pode ser feito mediante ensaios e medições especializados. Entre outros elementos minerais, foram confirmados no processo o ferro, o manganês, a sílica e outros óxidos..." e, ainda, que "*há risco ergonômico presente nas atividades e posturas da função de forneiro e também no setor elétrico*", observando-se que em "*Nota: a empresa disponibilizou a adição 2011 do programa de proteção Respiratória, não havendo menção ou confirmação da época em que foi implantado*." (**fl. 283**).

Além disso, afirmado foi no laudo que o "*Periciando manteve atividades laborais na empresa, ocupando funções com exposição a riscos ocupacionais específicos, agentes físicos ruído e calor e químicos, inalantes e poeiras minerais, estes de concentração indeterminada. Desencadeou queixas respiratórias leves, as quais, em investigação radiológica, tiveram hipótese diagnóstica de sarcoidose/pneumoconiose*", tratando-se "*de patologia constitucional, que evolui com restrição da capacidade pulmonar, tendo sido, por essa transferido de setor de material elétrico da empresa.*".

Por outro lado, em resposta aos quesitos apresentados pelas partes, respondeu a *expert* que a doença é crônica e intermitente e que o autor deve evitar trabalhar com exposição a inalantes, uma vez ser portador de patologia pulmonar (itens 2-"b", 6-"g" e "20" – **cf. fls. 287** e **288**).

Ora, não obstante a auxiliar do juízo ter atestado a ausência do nexo causal no seu estudo técnico e nos esclarecimentos de **fls. 313/315**, pelo todo histórico constante no laudo e demais documentos verifica-se que o local de trabalho do obreiro contribuiu, certamente, para o agravamento da moléstia que o acomete, tanto que ele foi readaptado em outro setor laboral; portanto, resta evidente a presença da concausalidade na hipótese, assim como o reconhecimento da redução da capacidade laborativa do segurado e, por fim, o fato de que sua doença é irreversível, portanto, permanente.

Sabido que o "*auxílio-acidente*" é um benefício concedido como indenização ao obreiro, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (*art. 86 da Lei nº 8.213/91*), no caso em tela está nitidamente configurado o comprometimento da capacidade funcional do autor, a quem será exigido maior vigor para a realização de qualquer ação que envolva a sua respiração, máxime a de forneiro que antes exercia.

Acesso ao Sumário

Ademais, em relação à costumeira alegação do INSS de que "*a necessidade de maior esforço não dá direito à indenização acidentária*", Antonio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni (*in* "*Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais*", *Editora Saraiva, 2007, 4ª ed., pág.41/42*) teceram comentários apropriados sobre essa tese: "*No âmbito das ações*

acidentárias a autarquia vem criando teses absurdas para evitar o pagamento de auxílio-acidente, agora no percentual de 50%. Uma delas é a de que apenas cabe o benefício quando há necessidade de mudança de função e não apenas a necessidade de dispêndio de maior esforço para exercê-la. Outra, esta, mais absurda ainda, exige que a incapacidade resultante do acidente, após a alta médica, deve ser equivalente a 50%. O Regulamento, no art. 104, trata da questão da seguinte forma: concede-se auxílio-acidente quando: a) houver redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, remetendo ao anexo II; b) houver redução para a capacidade de trabalho que habitualmente exercia e exigência de maior esforço para o desempenho desta função; c) houver redução da capacidade de trabalho que impossibilite o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém permitia o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia do INSS".

Não bastassem todas essas considerações, não se pode esquecer que o nexo causal havia sido reconhecido anteriormente pela própria autarquia, tanto que, pelo diagnóstico de "sarcoidose", concedeu ao autor dois "*auxílios-doença*", embora de natureza previdenciária, nos períodos de *24/06/2009* a *20/03/2010* e de *24/08/2010* a *08/01/2011* (**fls. 54/56, 215/216, 219/220** e **239/240**).

Nesse contexto, em que pese o entendimento adotado pela douta magistrada sentenciante, considerando a presença da redução da capacidade para o trabalho habitualmente executado e do nexo causal, aqui na modalidade concausal, elementos componentes do binômio necessário à reparação infortunística, o provimento do recurso é de rigor na espécie, para ser julgada procedente a ação, condenado o réu a pagar ao segurado, na forma da *Lei nº 8.213/91*, combinada com a *Lei nº 9.528/97*, "*auxílio-acidente*" de *50%* do salário-de-benefício, a partir do dia seguinte ao da última alta médica noticiada no processo, ou seja, *09/01/2011* (**fl. 220**), mais abono anual e honorários advocatícios de *15%*, de acordo com o entendimento *desta Colenda Câmara*, incidente, apenas, sobre as parcelas vencidas até este acórdão, à luz da *Súmula nº 111*, do *STJ*, que dispõe: "*Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença*".

Finalmente, para melhor direcionar a futura execução, anoto que os juros de mora, incidentes, na hipótese, mês a mês, decrescentemente, e os índices de correção monetária serão aplicados de acordo com o decidido pelo *Col. STF* no julgamento das *ADIs nºs 4.357* e *4.425* em relação a seu âmbito de eficácia e respectiva modulação dos efeitos.

Ante o exposto, para os fins consignados, DOU provimento ao recurso para julgar procedente a ação, ***concedida, de ofício, a tutela antecipada, para a implantação imediata do benefício, expedindo-se ofício à autarquia a ser instruído com cópia deste acórdão***.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0039936-87.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANGÉLICA DE JESUS BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª 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 10.646)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA – Danos morais em decorrência de abordagem policial abusiva, com uso de algemas e realização de revista pessoal – Declarações prestadas pelas autoridades policiais que dão conta do uso de algemas e de realização de revista pessoal, esta última após a constatação de que a autora não portava drogas – Ilegalidade – Dever de indenizar, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal – Montante da indenização fixado de maneira razoável e proporcional – Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de procedimento comum ordinário proposta por **Angélica de Jesus Batista** em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, na qual pleiteia a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais suportados em razão de abordagem policial abusiva, com uso de algemas e realização de revista pessoal, motivada pela desconfiança de que a autora, que possuía um tijolo de rapadura em sua mochila, transportava na verdade entorpecentes.

A r. sentença de f. 312/314 julgou a ação procedente, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, sob fundamento de que houve falta de

preparo dos policiais envolvidos na abordagem da autora, que teriam confundido um tablete de rapadura com *crack*, que é comercializado na forma de pedras. Do mesmo modo, a ausência de resistência da autora tornou desnecessário o uso de algemas. Por fim, também a revista pessoal foi excessiva, já que ocorrida após a constatação de que o tablete encontrado era de rapadura. Fixou a condenação em dez salário mínimos, para valores de 18/02/2011 (R$ 5.100).

Inconformadas, recorrem ambas as partes.

De um lado, a autora busca a reforma da sentença para que seja majorado o *quantum* indenizatório. Argumenta que a gravidade das condutas e as severas repercussões que elas causaram revelam a insuficiência do montante fixado em primeiro grau, que não se prestaria a compensar a dor e o sofrimento experimentados, não cumpririam o caráter pedagógico atribuído à indenização por danos morais e não observariam a condição econômica do ofensor (f. 319/340).

A ré, por sua vez, recorre adesivamente, sob argumento de que, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a reparação dos danos causados por agente de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público não é incondicional. Afirma que a ação desenvolvida pelos policiais civis foi legítima e não redundou em sacrifício excessivo e desigual. Salienta que havia notícia de que haveria transporte de drogas em situação fática semelhante à então vivida pela autora, o que autorizava a adoção das providências efetivamente tomadas. Destaca que a autora, após a constatação do erro, foi liberada para seguir viagem, de modo que não seria possível extrair juízos negativos a seu respeito. Narra, por fim, que a autora não provou efetivo prejuízo à sua reputação (f. 352/358).

Recursos recebidos e processados, com contrarrazões da ré (f. 344/350).

É o relatório.

O recurso se refere à responsabilidade da ré pelos danos morais suportados pela autora, que afirma ter sofrido abordagem excessiva, com emprego de algemas e de realização de revista pessoal, em razão de terem os policiais civis responsáveis pela diligência confundido um tablete de rapadura que ela carregava em sua mochila com um tijolo de *crack.*

Com efeito, tais circunstâncias constaram dos depoimentos prestados pelas próprias autoridades policiais perante a Corregedoria Geral da Polícia Civil:

> "*(...) que o Investigador Chefe relatou que após a abordagem do ônibus da base da Polícia Rodoviária, verificaram a existência de um número baixo de passageiros e entrevistaram a todos, sendo que a passageira Angélica de Jesus Batista, de início, deu respostas evasivas, não precisando o nome das pessoas a quem iria visitar e nem o local de*

destino final em Ourinhos, e que a bagagem de todos foi verificada, e justamente na bolsa dessa passageira, o policial Fábio encontrou um pacote em forma retangular embalado de forma semelhante a de um tijolo de droga, e, diante disso, ***a passageira que estava no interior do ônibus, foi algemada pelo Carcereiro Homero*** *(...) que o investigador Fábio também relatou que imediatamente após a passageira Angélica desembarcar, ela afirmou que o embrulho era um doce, sendo que então foi imediatamente retiradas as algemas e a passageira conduzida ao interior da base, de o Investigador Fábio realmente constatou que aquilo se tratava de um tijolo de doce, conhecido por rapadura;* ***que mesmo assim, segundo o relato dos policiais, a passageira foi submetida a uma busca pessoal pela investigadora de Polícia Cristina*** *(...)*" (f. 159/160)

Essas declarações são confirmadas, ainda, pelos depoimentos dos investigadores Fábio Luís Gonçalves dos Santos (f. 161/163), Marco Antonio Borges Vieira (f. 164/165) e Maria Cristina da Costa Fernandes (f. 166) e do carcereiro Homero Irineu da Silva (f. 167/168).

Ao mesmo tempo, a ré não procurou afastar a ocorrência dos fatos narrados pela autora, mas apenas pretendeu revestir a atuação dos policiais civis de legitimidade.

O que se observa, no entanto, é que, comprovada pelos policiais a circunstância de que o tablete que a autora carregava em sua mochila era na realidade um bloco de rapadura (o que, até tal definição, justificaria o uso das algemas), deram desnecessária continuidade a procedimento verificatório, tendo realizado revista pessoal, mesmo que não houvesse nenhum indício que apontasse para a necessidade da adoção desse procedimento. Nesses termos, a conduta policial ora trazida a Juízo revela-se abusiva e ilegal.

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal dispõe sobre a responsabilidade objetiva da Administração e das prestadoras de serviços públicos:

"*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*."

Referido dispositivo legal não adotou o princípio do risco integral, e sim a teoria do risco administrativo, pela qual o lesado não precisa demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em face de ato danoso causado por seus agentes, responsabilidade estatal que pode ser proporcional ou integralmente afastada com a comprovação, pelo Poder Público, de que o dano resultou de conduta total ou parcialmente imputável ao lesado.

Cabe a responsabilização do Estado não só pela ação, mas pela omissão de seus agentes. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "*a*

responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos" (Direito Administrativo, Atlas, 17ª Ed., 2004, p. 548).

A teoria do risco administrativo, como ensina HELY LOPES MEIRELLES, "*embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização*" (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 627).

Nesse sentido v. aresto desta Egrégia Corte, na Apelação Cível nº 38.458-5/0, rel. Des. Toledo Silva, j. 19.05.1999, com a seguinte passagem:

> "*No ordenamento jurídico constitucional brasileiro prevalece a teoria do risco administrativo, pelo qual a vítima, para a obtenção do ressarcimento do dano, está dispensada de provar a culpa da Administração ou de seus agentes, bastando provar o dano e o nexo causal. À Administração, para livrar-se da obrigação de ressarcir, é facultado provar que o dano aconteceu por culpa da vítima, competindo-lhe o ônus da prova.*"

Está presente, portanto, o dever estatal de indenizar, como expresso nos vv. arestos desta C. 1ª Câmara, na Apelação Cível nº 0005160-71.2011.8.26.0664, Votuporanga, Des. Castilho Barbosa; Apelação Cível nº 0100304-05.2009.8.26.0515, Rosana, de minha relatoria; e Apelação Cível nº 0015598-15.2011.8.26.0032, Araçatuba, Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 14/05/2013.

Já com relação ao recurso adesivo, verifica-se que os valores fixados a título de danos morais em primeiro grau se mostram razoáveis e proporcionais. Há que se observar que a indenização tem como escopo a reparação de um dano causado e não pode ser pervertida em fonte de enriquecimento – de modo que a indenização, fixada em dez salários mínimos, mostra-se suficiente para atingir esse fim.

O caso é, assim, de negar provimento aos recursos interpostos por **Angélica de Jesus Batista** e pela **Fazenda do Estado de São Paulo** nos autos da ação que aquela move em face desta (proc. nº 0039936-87.2011.8.26.0053 – 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa

Acesso ao Sumário

aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003412-78.2011.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU e MUNICÍPIO DE RIO CLARO, são apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO CLARO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente sem voto), PEIRETTI DE GODOY e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REGULARIZAÇÃO DE MORADIAS POPULARES PORQUANTO ENTREGUES SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO – EMPREENDIMENTO RIO CLARO "B" QUE ESTÁ EM FASE DE REGULARIZAÇÃO – O EMPREENDIMENTO HABITACIONAL RIO CLARO "G" NÃO FOI CONCLUÍDO E NEM AS EDIFICAÇÕES REGULARIZADAS CAINDO AS UNIDADES EM MÃOSDEINVASORES–CONVÊNIOCELEBRADO ENTRE AS RÉS ROMPIDO – QUESTÃO QUE DEVE SER VISTA EXCLUSIVAMENTE SOB O ÂNGULO DA INVASÃO ILÍCITA DA ÁREA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA – RECURSOS PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público objetivando a regularização de moradias populares porquanto construídas e entregues sem registro no cartório imobiliário ou, subsidiariamente, o desfazimento do conjunto habitacional no caso da existência de restrições urbanísticas.

A respeitável sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente a abster-se de praticar quaisquer obras no local sem prévia aprovação dos órgãos competentes, não alienar unidades habitacionais e regularizar os parcelamentos e edificações efetuados.

Inconformados, recorrem os réus.

A municipalidade alega, em síntese, cerceamento de defesa pela não especificação das razões que levaram o Ministério Público a colocá-la no polo passivo da ação. Sustenta que é da responsabilidade da CDHU a regularização do loteamento.

A CDHU alega, preliminarmente, ilegitimidade ativa e passiva. No mérito, sustenta que a regularização do empreendimento Rio Claro "B" está em andamento e o Rio Claro "G" não foi entregue para ocupação. Aduz, ainda, que não comercializa os imóveis e que deve ser afastada a multa imposta.

Os recursos são tempestivos e foram contra-arrazoados.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

A hipótese não se trata de regularização de loteamento, mas de regularização de ocupação de moradias populares, isso porque quando a CDHU assume o negócio, recebe em doação da Prefeitura Municipal a área já com a discriminação e registros dos lotes, consequentemente com o respectivo arruamento. A CDHU gerencia, então, a obra repassando recursos ao município para que este adquira os materiais de construção das unidades habitacionais. Isto está previsto claramente no aditivo contratual trazido às fls. 361/362.

Posta esta observação inicial é de verificar que no caso a problemática toda se deu em relação apenas e tão somente ao empreendimento habitacional Rio Claro "G" já que os outros empreendimentos, como ressalta a contestação e recurso da ré CDHU, estão em via de regularização.

Por conseguinte, frise-se que não se trata de regularização de loteamento, mas de construção e distribuição das unidades de moradia aos adquirentes na forma da lei e do convênio estabelecido entre as duas rés.

Acontece que em 26 de dezembro de 2006 ambas as demandadas resolveram de comum acordo rescindir o convênio porque segundo os seus termos o empreendimento sofreu ocupação irregular "***resultando na reintegração de***

Acesso ao Sumário

posse ocorrida em 17/10/2006 que teve como consequência atos de vandalismo e depredações das unidades habitacionais", tornando impossível a retomada do empreendimento e a sua regular conclusão (fls. 376).

Enfim, o empreendimento habitacional Rio Claro "G" não foi concluído e nem as edificações regularizadas caindo as unidades em mãos dos invasores, ainda que se trate, em alguns casos, como uma ocupação de boa fé.

Nesse passo, difícil mesmo se coloca a questão na medida em que os termos do convênio entre as rés foi rompido e a ocupação do local se deu de fato de maneira desordenada, criando a instabilidade jurídica de seus moradores, todos ao que tudo indica de baixa renda.

Mas fica claro que esta ocupação irregular se deu em virtude dos impasses contratuais havidos entre as rés que permitiram o apossamento irregular, alguns já com moradias, outros com edificações realizadas pelos próprios ocupantes de fato dos lotes.

De qualquer forma, a alegação da apelante CDHU que não realizou a comercialização das edificações, muito menos autorizou a ocupação do empreendimento (fls. 255) é de se tomar tal alegação como incontroversa já que não houve impugnação específica quanto a este fato, aliás, já trazido à baila quando da contestação, de tal sorte que não há como responsabilizá-la pela ocupação irregular dos lotes. O mesmo raciocínio já não cabe à Municipalidade que com a rescisão do convênio deixou o empreendimento ao abandono e sua ocupação de maneira irregular.

De outra parte, como ocorreu o rompimento do convênio a transmissão da posse dos lotes pela prefeitura a CDHU perdeu a sua justificativa jurídica, mesmo porque esta empresa estatal como afirmou não chegou a comercializar as unidades habitacionais.

Em tais condições, a regularização das edificações tornou-se uma ação complexa que envolve a questão do apossamento irregular da área, perdendo toda a sua característica jurídica instrumentalizada no convênio assinado entre as partes, de tal sorte que a regularização da área apossada, já sem nenhuma responsabilidade da CDHU, é obrigação do Município, quer por meio das ações de reintegração de posse, ou então pela consolidação dessas posses irregulares fornecendo aos seus ocupantes a documentação que esperam.

É certo, por outro lado, convir que a culpa também cabe para situação criada à invasão e vandalismos perpetrados de sorte que o Ministério Público tem a sua parcela de responsabilidade ao não tomar, ao tempo oportuno, medidas previstas na Lei de Registros Públicos para a regularização da área.

Não adianta, agora que as invasões e depredações ocorreram, querer colocar o quadrado dentro do redondo.

A situação é uma só: posseiros, de boa fé, ou não, pouco importa

tomaram conta da área e a solução há de vir por meio de ação conjunta entre a Municipalidade e o Ministério Público para solucionar o impasse; ou então em último caso intentar ação de reintegração de posse e tentar começar tudo de novo, se possível com a celebração de novo convênio com a CDHU e tomar as medidas necessárias de impedir as invasões e depredações.

Não havendo mais vínculo jurídico entre CDHU e o Município a solução só pode ser tomada pela prefeitura nas formas acima consideradas, até porque há de se responsabilizar também o invasor que alheio às disposições jurídicas tomam a força as suas decisões e depois querem uma regularização formal dessa posse espúria que vai encontrar pela frente os óbices legais pertinentes, como, por exemplo, saneamento básico, iluminação e outros serviços públicos necessários.

Ouso, pois, divergir da r. sentença porque não existe mais vínculo jurídico algum entre a CDHU e a Prefeitura local sendo que as medidas postas na decisão recorrida já que, como ficou absolutamente claro nos autos, não se trata de loteamento irregular, mas sim de apossamento ilegal e indevido de área que estava sendo construída para ocupação por famílias de baixa renda devidamente cadastradas e organizadas, com data e dia certos para a sua ocupação. A questão, pois, deve ser vista exclusivamente sob o ângulo da invasão ilícita da área.

Em tais condições, pelo exposto, julgo improcedente a presente a ação, prejudicadas as preliminares suscitadas à vista do conhecimento meritório e dessa forma dá-se provimento aos recursos voluntários e oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9186770-70.2008.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é apelante NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de

fazer consistente em retirada de antenas de telefonia em desacordo com a legislação. Lei Municipal nº 8.389/02 que, assim como a Lei Estadual nº 10.995/01, teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial. Prova técnica que não é suficiente para demonstrar a ocorrência de danos à saúde pública ou ao meio ambiente. Art. 333, I do CPC. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

I – Trata-se de ação civil pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.** visando à condenação da ré em obrigação de fazer consistente em retirada de antenas transmissoras de telefonia (ERB) instaladas em desacordo com a legislação estadual e municipal.

Um dos equipamentos da ré, instalado sem a observância da Lei Estadual nº 10.995/01 e da Lei Municipal nº 8.389/02, seria gerador de ruído em excesso e radiação não-ionizante, causando prejuízo à saúde pública e ao meio ambiente. O pedido deduzido na exordial englobava a retirada da ERB ali descrita, bem como de outras que também estivessem em desacordo com a legislação supra citada.

A sentença de fls. 694/705 julgou procedente o pedido, condenando a ré a retirar a estação mencionada na exordial no prazo de 120 dias e também a abster-se de instalar qualquer outra em desacordo com a Lei Estadual nº 10.995/01 e a Lei Municipal nº 8.389/02, fixando ainda multa diária de 50 salários-mínimos para o caso de descumprimento, a serem revertidos em proveito do Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados. Condenou ainda a ré a arcar com as despesas processuais.

Irresignada, apela a ré sustentando que a antena mencionada na inicial (hoje já desativada) estava regular e que o Município não é competente para disciplinar matéria afeta às telecomunicações ou às questões técnicas referentes aos efeitos de emissões eletromagnéticas, pelo que as leis estadual e municipal seriam inconstitucionais. Destacou ainda que seu equipamento foi periciado pela ANATEL, que não apontou a presença de riscos à saúde e que a manutenção do *decisum* causará prejuízos aos usuários dos serviços de telefonia (fls. 732/778).

Recurso recebido (fls. 781) e respondido (fls. 783/806). Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento da apelação (fls. 815/824).

O apelo foi distribuído à E. 5ª Câmara de Direito Público, que dele não conheceu (fls. 847/852), havendo a redistribuição a esta Câmara Reservada. Suscitado incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.389/92, o C.

Acesso ao Sumário

Órgão Especial deste Tribunal, por maioria, acolheu a arguição (fls. 903/945).

É o relatório.

II – A demanda tem por objeto a condenação da ré a retirar antenas transmissoras de sinais de telefonia do tipo ERB instalados no Município de Santo André. Tais equipamentos não observariam o disposto na Lei Estadual nº 10.995/01 e na Lei Municipal nº 8.389/02 e seriam causadores de poluição sonora e emissores de radiação não-ionizante, gerando danos à saúde pública e ao meio ambiente.

O art. 22, IV, da Constituição Federal determina que compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações. No que toca à Lei Estadual nº 10.995/01, o C. Órgão Especial deste Tribunal já se manifestou pela sua inconstitucionalidade:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS ESTADUAL E MUNICIPAL – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO – PRESENÇA – INCONSTITUCIONALIDADE – EXISTÊNCIA – São inconstitucionais a Lei Estadual 10.995, de 21 de dezembro de 2001, e o art. 10 da Lei Municipal de Campinas 11.024, de 9 de novembro de 2001, que estabelecem condições às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para a instalação de antenas e estações de radiotransmissão em geral, por invadirem competência legislativa e material privativa da União, afrontando o disposto nos arts. 22, inciso IV, combinado com o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal – Leis de outros entes federativos não podem impor alterações, direta ou indiretamente, nos contratos celebrados com a União – Jurisprudência do STF – Acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. 24.08.2011)

E a Lei Municipal nº 8.389/02 padecia dos mesmos vícios que maculavam a regra estadual, como já destacado por ocasião do acórdão que suscitou o incidente, posicionamento este confirmado pelo C. Órgão Especial:

> "I – Arguição de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8.389/02 dispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações, de rádio-base e mini-estações de rádio-base de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins. Violação aos arts. 21, XI e 22, IV da Constituição Federal. Ocorrência.
>
> II – A União tem competência privativa para legislar sobre telecomunicações. Há usurpação de competência legislativa quando a lei municipal estabelece condições às empresas prestadoras de serviços para a instalação de estações de radiocomunicações.
>
> III – Arguição procedente." (Arguição de Inconstitucionalidade nº

Acesso ao Sumário

0082817-73.2013.8.26.0000, rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 30.10.2013).

Assim, não há mais que se discutir sobre irregularidade da antena mencionada na inicial ou de outras que vierem a ser instaladas por desconformidade com as citadas leis, remanescendo unicamente a questão da emissão de radiação não-ionizante.

Dois laudos técnicos foram elaborados por determinação do Juízo. No de fls. 515/575, o subscritor abordou, principalmente, as supostas "*irregularidades na visão da legislação edilícia sobre uma Estação Rádio-Base*", ou seja, sua localização, imóveis confrontantes, traçado topográfico, construções construtivas, etc., destacando, nas considerações finais, a infringência à LM nº 8.389/92. Mas nos anexos, há a reprodução de artigo científico subscrito pelo Prof. Dr. Renato Sabbatini, da UNICAMP, no sentido de que não há evidências confiáveis de que as emissões oriundas das ERB's produzam qualquer efeito nocivo sobre seres humanos (fls. 568/570). No mesmo sentido as explicações do pesquisador do IPT Mário Leite Pereira Filho (fls. 571/575).

O segundo de caráter complementar, tinha por objetivo viabilizar as respostas aos questionamentos sob a ótica médica (fl. 594). Apresentado o laudo, o Sr. *Expert* salientou que "*o assunto em tela (...) é extremamente controvertido e polêmico, haja visto, a quantidade de matérias veiculadas na mídia, favoráveis ou contrárias*" às afirmações postas na inicial (fl. 618). Transcreveu trechos de informes da Organização Mundial de Saúde, sendo que o de 2006 deixava claro que as exposições à rádio-frequência a partir das ERB's eram as mesmas ou até mais baixas do que as oriundas de transmissores de rádio e televisão, sendo insuficientes para afetar a saúde humana (fl. 619). Já o segundo, de 2007, embora não afaste completamente os riscos, limitou-se a fazer recomendações para incentivar a discussão, salientando a fragilidade de uma conexão entre a exposição a campos magnéticos e a leucemia infantil, destacando que, em relação aos efeitos de longo prazo, os benefícios de redução da exposição sobre a saúde não são claros (fl. 623). Nas conclusões, informou o Sr. Perito que este documento, de 2007, trazia ressalvas às conclusões (por exemplo, problemas metodológicos, estudos negativos com animais, inexistência de mecanismo biofísico aceito que pudesse sugerir que exposições de baixo nível de intensidade estejam envolvidas em desenvolvimento de câncer).

Acesso ao Sumário

O parecer técnico da ANATEL (fls. 473/482) dá conta que a antena da apelante mencionada na peça vestibular cumpre as normas técnicas pertinentes, e que os níveis de emissão são bem inferiores aos limites estabelecidos. Na resposta ao último quesito formulado pelo MP, mencionou que os estudos da OMS, da FDA e da Royal Society of Canada não teriam constatado evidências de que as emissões oriundas de estações de transmissão de telefonia celular causariam efeitos adversos à saúde humana.

Assim, não há, nos autos, prova minimamente segura a demonstrar que

a ERB mencionada na inicial ou outra qualquer de propriedade da ré emita tal nível de radiação que possa causar danos ao meio ambiente ou à saúde das pessoas que morem nas cercanias. Ou seja, o autor não se desincumbiu do ônus que lhe é imposto pelo art. 333, I do CPC.

Também inexiste qualquer prova de produção de ruídos excessivos, destacando-se o fato de que o equipamento, por ocasião da vistoria técnica, estava desativado (fl. 535). Impossível, diante da fragilidade da prova, valer-se unicamente do princípio da precaução para justificar a retirada das antenas. Mesmo porque, a seguir esta linha, todas as ERB's de todas as operadoras de telefonia deveriam ser eliminadas das cidades, inviabilizando por completo o serviço de telecomunicações.

Assim, o apelo deve ser provido para o fim de reformar a r. sentença e julgar improcedente o pleito, nos termos do art. 269, I do CPC.

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).

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027998-61.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados EDUARDO DIAMANTINO BONFIM E SILVA e DIAMANTINO SILVA FILHO, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso dos autores e deram parcial provimento ao recurso da Municipalidade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20292)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), REZENDE SILVEIRA e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – 1) ITBI sobre imóvel arrematado judicialmente – A base de cálculo do recolhimento do ITBI é o valor da arrematação e não o valor venal do imóvel – Precedentes do STJ. 2) IPTU e Taxas dos exercícios de 2003 a 2007 – Imóvel alienado após a arrematação – Adquirente que espontaneamente aderiu ao PPI e efetuou o pagamento dos tributos e taxas incidentes sobre o imóvel anteriores à arrematação – Tributos devidos – Ausência de provas de que a Municipalidade tenha levantado o valor dos débitos junto ao preço pago na arrematação – Pagamento em nome de terceiro, que não legitima a restituição. 3) Sucumbência mínima da Municipalidade – Condenação dos autores ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação – Inteligência do § único, do art. 21 do CPC – Sentença parcialmente reformada – Recurso dos autores improvido e recurso da Municipalidade parcialmente provido.

VOTO
RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito, proposta em 28 de junho de 2012 por DIAMANTINO SILVA FILHO E OUTRO em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, insurgindo-se contra a base de cálculo do ITBI, sob o fundamento de que o tributo deve ser calculado sobre o valor da arrematação e não sobre o valor atribuído pela Municipalidade e requereram a repetição da diferença recolhida a maior. Sustentaram ainda que após a arrematação, o imóvel foi alienado e que houve pagamento de IPTU dos exercícios de 2005 e 2006, da Taxa de lixo relativa aos exercícios de 2003 a 2005, através de PPI e quanto ao exercício de 2007, pagamento integral dos valores sem adesão ao parcelamento. Assim, foram indevidos os pagamentos uma vez que o valor de eventuais débitos incidentes sobre o imóvel antes da arrematação devem sub-rogar-se sobre o preço do mesmo, nos termos do art. 130 do CTN. Por fim pleitearam também a repetição de todos os valores pagos a título de IPTU e Taxa de lixo dos exercícios de 2003 a 2007, devidamente corrigidos.

Contestação às fls. 118/130.

Réplica às fls. 133/140.

Acesso ao Sumário

Instadas a se manifestarem acerca da produção de provas, as partes requereram julgamento antecipado da lide (fls. 145/146 e 149).

A sentença de fls. 158/184, proferida pela MM. Juíza Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, cujo relatório se adota, julgou a ação parcialmente procedente, condenando a Municipalidade a restituir ao Sr. Diamantino a importância de R$ 8.317,97 a título de diferença do ITBI e ao co-autor Sr. Eduardo a importância de R$ 24.627,76, devidamente corrigidos. Em razão da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas e honorários advocatícios na proporção de 30% para a Municipalidade e 70% para os autores.

Foram opostos embargos de declaração pelo Município (fls. 192/194) que, após a manifestação da parte contrária (fls. 220/225), foram acolhidos para o fim de alterar o dispositivo da sentença fazendo constar que o valor a ser restituído ao Sr. Diamantino é de R$ 4.752,45 (a título de ITBI) e ao co-autor Sr. Eduardo R$ 6.012,75 correspondente ao IPTU relativo ao exercício de 2007, corrigidos a partir da data do recolhimento indevido, com juros moratórios a partir da data do trânsito em julgado. No tocante à sucumbência, os autores foram condenados a 90% (noventa por cento) das custas e dos honorários advocatícios e a Municipalidade em 10% (dez por cento) das mesmas verbas, permanecendo a sentença, no mais, tal como lançada.

Inconformados, apelaram os autores às fls. 232/250, requerendo a reforma da sentença. Recorreram da parte da sentença relativa à restituição dos valores a título de IPTU dos exercícios de 1997 a 2004 e dos exercícios de 2005 a 2006, além da devolução dos valores referentes aos exercícios de 2003 a 2005 referentes à Taxa de lixo. Sustentaram que não obstante terem confessado os débitos espontaneamente e aderido ao Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, os valores incluídos no parcelamento referem-se a período anterior à arrematação do imóvel, sendo, portanto, indevidos. Aduziram que os valores dos débitos anteriores à data da arrematação devem ser sub-rogados no preço da arrematação, nos termos do art. 130 do CTN. Quanto à atualização do débito e das verbas sucumbenciais, alegaram que a decisão contrariou o pedido formulado na petição inicial, devendo ser aplicado o IPCA-IBGE como índice de atualização monetária, acrescidos de juros de 1% ao mês a partir do recolhimento indevido e que a verba sucumbencial arbitrada em 90% a eles e em 10% para Municipalidade não está em consonância com a previsão contida no art. 20 do CPC. Por fim, alegaram que os débitos são inexigíveis uma vez que, em face da arrematação ocorrida em 11 de junho de 2007, o imóvel deve ser entregue livre e desembaraçado de quaisquer ônus, inclusive os tributos, cujos fatos geradores se deram em período anterior à arrematação, uma vez que não eram, à época, contribuintes dos mesmos e requereram a devolução da totalidade dos valores pagos referentes ao IPTU dos exercícios de 1997 a 2007

Acesso ao Sumário

e à Taxa de lixo referente ao período de 2003 a 2005, além da inversão dos ônus de sucumbência.

Apelou também a Municipalidade de São Paulo às fls. 254/265, pleiteando pela total improcedência da demanda. Sustentou que a base de cálculo do ITBI é o valor venal do imóvel nos termos do art. 38 do CTN e que não pode ser considerado o valor da arrematação ocorrida em segunda praça, pois inferior ao valor inicialmente apurado em avaliação feita em outubro de 2005 (R$ 423.578,37) que, atualizado até junho de 2007, chegou ao valor de R$ 507.622,43, ficando próxima à base de cálculo aplicada pela Municipalidade, não havendo que se falar, pois, em recolhimento a maior do ITBI. No tocante à devolução dos valores referentes ao exercício de 2007, mesmo que parcial, também não assiste razão aos autores, porquanto o Sr. Eduardo assumiu e quitou, espontaneamente e por iniciativa própria, a dívida que recaía sobre o imóvel, assim não há que se cogitar na ocorrência de pagamento indevido de tributo em face do pagamento espontâneo por parte do co-autor. Por fim, alegou que não houve sub-rogação dos créditos tributários sobre o preço da arrematação ficando afastada, por isso, a aplicação do disposto no art. 130 do CTN e requereu o provimento do presente recurso com a condenação dos autores nas verbas de sucumbência.

Contrarrazões dos autores às fls. 271/279 e da Municipalidade às fls. 281/290.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 251/252).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A sentença deve ser parcialmente reformada.

1) Do ITBI

A primeira questão a ser analisada nestes autos diz respeito ao valor a ser utilizado como base de cálculo para incidência do ITBI sobre imóvel arrematado judicialmente.

O ITBI incide sobre o valor de venda, refletida nas várias modalidades de transmissão de bens, ou pode o Município optar pelo valor venal por ela definido, por intermédio de sua Planta Genérica de Valores.

Acesso ao Sumário

Assim, a base de cálculo do ITBI se define pelo valor venal já previamente conhecido pelo contribuinte, pelo valor declarado quando da lavratura do instrumento de compra e venda, ou, se o imóvel foi adquirido em hasta pública.

No caso em tela, há uma realidade irrefutável, pois o imóvel foi arrematado em hasta pública pelo valor de R$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), conforme a Carta de Arrematação de fls. 46/47, com o devido pagamento do preço originado em arrematação, devendo ser esta a base de cálculo para efeito de apuração do valor devido a título de ITBI.

Nesse sentido também é remansosa a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ITBI. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL. BASE DE CÁLCULO. VALOR ALCANÇADO NA HASTA PÚBLICA. PRECEDENTES.

1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a arrematação corresponde à aquisição do bem alienado judicialmente, razão pela qual se deve considerar, como base de cálculo do ITBI, o valor alcançado na hasta pública. Nesse sentido: AgRg no AREsp 22.274/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 3.4.2012; AgRg nos EDcl no Ag 1.391.821/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 1º.7.2011; REsp 1.188.655/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 8.6.2010; REsp 863.893/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 7.11.2006.

2. Recurso ordinário não provido. (RMS 36293/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2011/0252417-2, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgamento 04/10/2012, DJe 11/10/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO.

1. O valor da arrematação é que deve servir de base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1308814/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Julg. 16/08/2012, DJe 24/08/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ITBI. ARREMATAÇÃO JUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO, E NÃO DO VALOR VENAL. PRECEDENTES.

1. Pugna o então agravante pela incidência do art. 38 do CTN, sob a tese de que, em alienação judicial, a base de cálculo do ITBI é o valor venal do imóvel, e não o valor da arrematação judicial.

2. Não há falar em violação dos arts. 168, 458, II e III, 535, II, do Código de Processo Civil – CPC, pois constata-se que a Corte local julgou a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia.

3. No mais, a tese recursal é contrária à jurisprudência do STJ no sentido de que "a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido

Acesso ao Sumário

judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI." (REsp 863893/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 07/11/2006). No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no Ag 1391821/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 01/07/2011.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 22274/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves – Primeira Turma, Julg. 27/03/2012, DJe 03/04/2012).

Nesse aspecto, portanto, a sentença deve ser mantida tal como proferida.

2) Da repetição de indébito

No tocante ao IPTU e Taxa de lixo dos exercícios de 2003 a 2007, consta dos autos que em 11 de junho de 2007 o imóvel foi arrematado em hasta pública pelo valor de R$ 270.000,00 (fls. 48) pelo Sr. Diamantino Silva Filho e, em 13 de agosto de 2008, foi registrada a carta de arrematação (fls. 53).

Posteriormente, em agosto de 2009, aludido imóvel foi alienado ao Sr. Eduardo Diamantino Bonfim e Silva, conforme consta da certidão de matrícula do imóvel (fls. 53, verso), que, espontaneamente dirigiu-se até a Fazenda Pública, assumiu o débito mediante acordo e efetuou o pagamento, pretendendo agora repetir o valor pago, valendo-se dos termos do § único do art. 130 do CTN, tendo ocorrido a sub-rogação dos créditos.

No entanto, referido dispositivo aplica-se apenas à pessoa do arrematante e não a um terceiro que adquire o imóvel e espontaneamente quita o débito, mesmo porque pelo que constou dos autos, o Município não se valeu da sub-rogação e nem o adquirente comprovou tal fato, situação esta que, se demonstrada, poder-se-ia, de fato, caracterizar a repetição, na medida em que o adquirente do imóvel pagou um tributo que já teria sido quitado anteriormente.

Com efeito, os documentos encartados aos autos demonstram que os débitos eram relativos aos exercícios de 2003 a 2007, anteriores à data da arrematação, que não foram pagos nem pelo antigo proprietário e nem houve a sub-rogação.

A propósito, a 18ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, na apelação 0010682-73.2010.8.26.0451, decidiu caso análogo da seguinte forma:

"IPTU – ARREMATAÇÃO JUDICIAL – DÍVIDA TRIBUTÁRIA ANTERIOR – SUB-ROGAÇÃO NO PREÇO – NECESSIDADE – PAGAMENTO ESPONTÂNEO PELO ARREMATANTE – REPETIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

Diante da arrematação judicial, há a sub-rogação dos créditos tributários relativos ao IPTU sobre o respectivo preço – art. 130, parágrafo único,

do CTN. O pagamento espontâneo da dívida tributária, pelo arrematante do imóvel (art. 304 do CC), entretanto, não autoriza a repetição do indébito em relação ao IPTU anteriormente devido, por exigir a lei que o pagamento corresponda a tributo indevido – art. 165, I, do CTN. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. AÇÃO IMPROCEDENTE".

Assim, a sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pedido de repetição dos valores pagos pelo adquirente do imóvel, Sr. Eduardo Diamantino Bonfim e Silva, a título de IPTU e Taxa de lixo, por se tratar de tributo devido e por não haver comprovação nos autos da sub-rogação.

3) Da verba de sucumbência

Por fim, e em virtude da sucumbência mínima da Municipalidade, ficam invertidos os ônus sucumbenciais para condenar os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do débito atualizado.

Face ao exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da Municipalidade no tocante à repetição do indébito referente ao IPTU, nega-se provimento ao mesmo recurso quanto à base de cálculo do ITBI e nega-se provimento ao recurso do co-autor Eduardo Diamantino Bonfim e Silva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4014918-36.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MARIA LUCIA LUIZ, é apelado INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª 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 17.688)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – MEMORANDO CIRCULAR E

Acesso ao Sumário

OFÍCIOS DA AUTARQUIA QUE VISAM APENAS ESTABELECER CRITÉRIOS TÉCNICOS PARA A REVISÃO ADMINISTRATIVA, SEM RECONHECER EXPRESSAMENTE A OBRIGATORIEDADE DE REVISÃO PARA TODOS OS SEGURADOS – DIFERENÇAS COBRADAS JÁ ACOBERTADAS PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Apelo desprovido.

VOTO

Trata-se de ação revisional movida por segurada titular de auxílio-doença (pago entre 22.11.2006 e 25.05.2007), com vistas ao recálculo da renda mensal inicial de seu benefício, com exclusão dos 20% menores salários-de-contribuição do período básico de cálculo.

A ação foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 87/90.

Apela a autora alegando, em síntese, que o Memorando Circular DIRBEN/PFEINSS nº 21 e demais Ofícios e Notas Técnicas a ele assemelhados devem ser entendidos como atos inequívocos da autarquia reconhecendo o direito dos segurados. Portanto, a prescrição quinquenal estaria interrompida a partir de 15.04.2010. Assevera, diante disso, serem exigíveis as diferenças vencidas a partir de 15.04.2005. Pede, assim, a reforma da sentença e o julgamento de procedência do pedido revisional.

Recurso recebido e respondido.

É o relatório.

O *decisum* deve ser mantido.

Ainda que a autora pudesse ter direito, em tese, à revisão de seu salário-de-benefício, as diferenças eventualmente devidas foram alcançadas pela prescrição quinquenal.

Acesso ao Sumário

Esta E. 16ª Câmara de Direito Público tem decido reiteradas vezes que os atos administrativos mencionados pela obreira não podem ser admitidos como manifestação inequívoca de reconhecimento do direito dos segurados.

Isso porque tais atos administrativos visavam apenas uniformizar o procedimento interno para a revisão de benefícios nas hipóteses cabíveis, considerando a revogação do artigo 32, § 20, e a alteração do artigo 188-A, § 4º, ambos do Decreto nº 3.048/99.

Note-se que, conforme os critérios para revisão disciplinados no referido Memorando, nem todos os segurados teriam direito à revisão e ao pagamento

de diferenças, como nas hipóteses de apuração correta da renda mensal inicial; de benefícios concedidos antes de 29.11.1999; e dos casos que foram atingidos pela decadência.

Nesse sentido:

"*ACIDENTÁRIA – REVISÃO DE BENEFÍCIO – REEXAME NECESSÁRIO – AUXÍLIO-DOENÇA – RENDA MENSAL INICIAL – CRITÉRIOS DE APURAÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 29, INC. II, DA LEI 8.213/91.*

*O salário-de-benefício deve ser calculado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência de julho de 1994 (art. 29, inc. II, da Lei 8.213/91 c.c. o art. 3º da Lei 9.876/99), entendida a locução '*período contributivo*' como os meses em que efetivamente se verificaram salários-de-contribuição, não todos os meses compreendidos entre julho de 1994 e a data de início do benefício (...).*

ACIDENTÁRIA – APELAÇÃO DA AUTORA – DECRETO Nº 6.939/09 – NULIDADE DO ATO CONCESSIVO – ***INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA EDIÇÃO DO MEMORANDO-CIRCULAR CONJUNTO Nº 21 DIRBEN/PFEINSS – INADMISSIBILIDADE.***

Ausência de reconhecimento inequívoco de direitos do segurado. Necessidade de aferição de critérios específicos, de acordo com o caso concreto. Nulidade do ato de concessão e interrupção da prescrição inadmissíveis. Recurso da obreira não provido."

(Apelação 0015849-33.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni – Julgado em 26.02.2013) (g. n.).

"*ACIDENTE DO TRABALHO – AUXÍLIO-DOENÇA – SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO – BASE DE CÁLCULO – MÉDIA DOS MAIORES SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO CORRESPONDENTES A 80% DE TODO O PERÍODO CONTRIBUTIVO – LEI Nº 8.213/91, ART. 29, II, NA RED. DADA PELA LEI Nº 9.876/99.* ***INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA EDIÇÃO DO MEMORANDO-CIRCULAR CONJUNTO Nº 21 DIRBEN/PFEINSS – INADMISSIBILIDADE****. A incidência de juros e correção monetária após a inscrição do precatório é matéria a ser deslindada na execução. Sentença de procedência mantida. Recursos do autor improvido e oficial provido em parte.*"

(Apelação 0014771-04.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Valter Alexandre Mena – Julgado em 25.06.2013) (g. n.).

Assim, a prescrição quinquenal deve ser contada a partir do ajuizamento da ação. No caso em tela, este fato ocorreu em 26.07.2013 (dados do processo digital), restando prescritas as diferenças vencidas antes de 26.07.2008.

Considerando que a última parcela do auxílio-doença que se busca revisar

foi pago em 25.05.2007, é certo que nenhuma diferença seria exigível por meio de ação judicial, restando à parte autora aguardar o eventual pagamento administrativo.

Diante disso, deve ser mantida a r. sentença de improcedência da ação.

Por todo o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004099-61.2010.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO, é apelado MARINO ANTONIO ZANOTTA.

ACORDAM, em 18ª 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 17.839)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 13 de março de 2014.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Arrematação – Imóveis adquiridos em hasta pública – Direito assegurado à arrematante de receber o imóvel isento de tributos anteriormente à arrematação, que se estende ao adquirente do imóvel arrematado – Tributos devidos antes da arrematação de responsabilidade dos antigos proprietários – Objetivo do adquirente-impetrante em obter certidão negativa de débitos tributários (CND) incidentes sobre imóvel gerador antes da arrematação – Inteligência do parágrafo único do art. 130 do Cód. Tributário Nacional – CTN – Sentença que concedeu parcialmente a ordem mantida – Recurso da Municipalidade desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Municipalidade de São Pedro** contra a r. sentença de fls. 72/74, declarada à fl. 80, que concedeu parcialmente a ordem, para expedição de certidão negativa de débito tributário, no mandado

de segurança impetrado por **Marino Antonio Zanotta** contra ato do **Diretor de Tributação do Município de São Pedro** em razão da aquisição de imóveis arrematados em hasta pública. Não houve condenação em honorários, nos termos das Súmulas 512, do STF e 105 do STJ. A liminar foi indeferida (fl.31).

Nas razões recursais a apelante (fls. 87/95 e verso) pugna pela reforma da r. sentença, alegando em síntese: a) o impetrante não foi o arrematante do imóvel, dessa forma assumiu seus encargos; b) o impetrante deveria ter se acautelado na aquisição do imóvel, consultando as Fazendas Públicas, a fim de verificar a existência de pendências, sobre os imóveis; c) o arrematante assumiu o risco na aquisição do imóvel sobre os tributos que sobre ele existem, risco transmissível a todo adquirente da coisa. Por derradeiro, postula o prequestionamento da matéria, com manifestação expressa sobre aplicação do inciso I do artigo 131 e do inciso I do artigo 111, ambos do CTN. Por fim, requer seja provido o recurso reformando-se a r. sentença, reconhecendo a responsabilidade tributária do apelado pelos tributos pendentes sobre os imóveis de matrículas nºs. 9.629 e 9.630, denegando-se a ordem requerida pelo impetrante.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 130), processado com oferecimento de contrarrazões (fls. 134/150).

O Ministério Público na primeira instância deixou de manifestar-se sobre a matéria, por se tratar de direito disponível (fls. 52/66).

Dispensou-se abertura de vista à Procuradoria-Geral de Justiça que, em inúmeros casos idênticos, exarou parecer no sentido da inexigibilidade de sua intervenção no feito, vez tratar-se de direito disponível.

Os autos foram distribuídos à 6ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência e determinou a redistribuição, nos termos da Resolução nº 471/2008, vindo conclusos a este relator.

É o relatório.

Incensurável a r. sentença atacada, que deve ser prestigiada, pois conferiu adequado deslinde à pretensão deduzida em juízo, concedendo parcialmente a ordem.

O impetrante informou na inicial que adquiriu dois imóveis: **a)** um lote de terreno localizado na zona urbana do município e comarca de São Pedro, designado sob nº 06, da quadra "k" do Loteamento denominado "Jardim São Pedro" matriculado sob o nº 9.629, no Registro de Imóveis de São Pedro, em nome de Francisco Castilho Alonso e Maria Elena Detone Alonso, **b)** um lote de terreno localizado na zona urbana do município de São Pedro, sob n. 07, da quadra "k", matriculado sob o nº 9.630, no Registro de Imóveis de São Pedro em nome de Karla Marina Zeffa.

Consta dos autos que os respectivos vendedores, adquiriram os imóveis por Arrematação, sendo que o primeiro lote pela carta de arrematação nº

Acesso ao Sumário

026/2003, expedida em 17/06/2003, e o segundo pela carta de arrematação nº 021/2005, expedida em 03/06/2005, ambos pela Segunda Vara do Trabalho de Piracicaba (fl. 04).

Trouxe à colação o impetrante cópia das certidões do Registro de Imóveis comprovando a aquisição dos respectivos imóveis (cf. fls. 23/24 e fl. 25).

Como visto a Municipalidade deve buscar a satisfação do crédito tributário por vias próprias.

Após ter adquirido os imóveis arrematados o impetrante, ao tentar obter certidão negativa de débitos tributários, constatou que sobre os imóveis há débitos de IPTU e taxas, conforme levantamento expedido pela Municipalidade, o que motivou a impetração do *writ.*

No levantamento de débitos acostados às fls. 42/47, vê-se a existência de débitos respectivamente dos exercícios de 1991 a 2002 e de 1992 a 2004, ou seja, anteriores às arrematações dos imóveis que ocorreram em 2002 e 2005 (fls. 103 e 114/115).

Na arrematação em hasta pública a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço, sendo que o arrematante recebe o bem livre e desembaraçado de qualquer encargo ou responsabilidade tributária.

Com efeito, a carta de arrematação assinada por juiz competente é ato jurídico perfeito, só podendo ser anulado por ação própria, sendo que a ausência do registro imobiliário não importa em falência dos efeitos que o possuidor de boa-fé (no caso o impetrante) detém. Nesse sentido, Agravo de Instrumento nº 606.255-1, 16ª Câmara Cível, rel. Vania Maria da Silva Kramer, Juíza Substituta em 2º grau, j. 14/04/2010, TJPR.

Impende consignar que eventuais credores devem buscar a satisfação de seus créditos junto àquele que recebeu o preço obtido na hasta pública realizada até o limite deste. Convém asseverar que, se o preço alcançado na arrematação não for suficiente para cobrir o débito tributário, nem por isso o arrematante ficará responsável pelo eventual saldo, ao contrário do alegado pela impetrada.

Não é demasiado realçar que o bem adquirido em hasta pública se torna livre dos créditos tributários anteriores à arrematação, máxime porque a arrematação judicial consiste em forma originária de aquisição de propriedade pelo arrematante.

O parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional reza que: "***No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço***".

A esse respeito pronuncia-se Hugo de Brito Machado:

"Se o bem imóvel é arrematado em hasta pública, vinculado ficará o respectivo preço. Não o bem. O arrematante não é responsável tributário (CTN, art. 130, parágrafo único). A não ser assim, ninguém arrematariа

bens em hasta pública, pois estaria sempre sujeito a perder o bem arrematado, não obstante tivesse pago o preço respectivo. Justifica-se o disposto no art. 130 do Código Tribunal Nacional, porque entre o arrematante e o anterior proprietário do bem não se estabelece relação jurídica nenhuma. A propriedade é adquirida pelo arrematante em virtude de ato judicial e não de ato negocial privado" (Curso de Direito Tributário, 31ª ed. Malheiros Editores, 2010, p. 161).

Nesse sentido é a jurisprudência de nossos Tribunais:

"***Imóvel adquirido em hasta pública – Sub-rogação que ocorre sobre o preço – Parágrafo único do art. 130 do CTN – Impossibilidade de imputar-se ao adquirente encargo ou responsabilidade tributária. 1. A sub-rogação do crédito tributário deve ser realizada sobre o preço pago, oportunidade em que adquirido o imóvel em hasta pública. 2. O crédito fiscal perquirido pelo fisco deve ser abatido do pagamento, quando do leilão, por isso que, finda a arrematação, não se pode imputar ao adquirente qualquer encargo ou responsabilidade tributária. Precedentes: REsp 707.605-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22 de março de 2006; REsp 283.251-AC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 05 de novembro de 2001; REsp 166.975-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 04 de outubro de 1999)". (STJ, 1ª T., REsp 819.808/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, abr./2006). – grifei –***

No caso dos autos, os imóveis foram arrematados em 17/06/2003 e 03/06/2005, portanto, o impetrante, por ter adquirido esses imóveis ora arrematados, de igual modo, não responde pelos débitos anteriores à arrematação.

Dessa forma, nada obstava a que a Municipalidade expedisse a certidão negativa de débito, como postulado, ainda que fizesse constar do documento a existência de débitos antigos de responsabilidade dos antigos proprietários, mas estando os arrematantes livres da responsabilidade tributária, do mesmo modo, o impetrante que adquiriu os imóveis arrematados.

De tal sorte, a r. sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo da Municipalidade, mantendo-se a segurança concedida. Custas *ex lege*, sem verba honorária (art. 25 da Lei nº 12.016/09 e Súmulas 512, do STF e 105 do STJ).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046111-34.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA

MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelada DELTA PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 236/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 12 de maio de 2014.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Título judicial. Indenização. Execução de sentença proferida em ação de indenização ajuizada contra o Município de São Paulo. Obras de reforma do autódromo de Interlagos. Possibilidade de execução do valor incontroverso. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Execução que deve prosseguir apenas em relação àquele valor. Sentença que julgou improcedentes os embargos. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra sentença que julgou improcedentes embargos oferecidos à execução de título judicial que condenou a apelante ao pagamento de indenização correspondente ao valor despendido na execução de obras de reforma do autódromo de Interlagos.

A apelante alega que o valor da execução é controverso, pois pendem de julgamento recursos interpostos às Instâncias Superiores, referentes à liquidação de sentença. Por isso e nos termos do artigo 100, § 5º, da Constituição Federal, é vedada a expedição de precatório. Sublinha que ainda que houvesse valor incontroverso, a taxa de juros de mora não poderia ser superior a 0,5% ao mês. Pede o provimento do recurso para que a execução seja suspensa até que se torne definitiva a liquidação de sentença.

Recurso tempestivo e respondido.

É O RELATÓRIO.

Para que se compreenda o ocorrido desde o início da demanda envolvendo a apelante e apelada, cumpre transcrever o que ficou consignado no Agravo de Instrumento nº 994.07.157014-0, do qual fui Relator (fls. 38/44):

Acesso ao Sumário

"Antes de examinar o mérito deste recurso, cumpre fazer um breve histórico do ocorrido nesta demanda.

"Em 1989, o Município de São Paulo firmou um 'termo de cooperação' com a Shell Brasil S.A., objetivando a reforma do autódromo de Interlagos para adaptá-lo às exigências da FIA e desse modo possibilitar o retorno do Grande Prêmio Brasil de Fórmula 1 a esta capital, já a partir de março de 1990. Ficou avençado, em linhas gerais, que a Shell arcaria com as despesas da reforma e que, como contraprestação, lhe seria cedido, por vinte anos, o uso de vinte áreas do Município para a instalação de postos de revenda de combustíveis. A permissão de uso seria remunerada pelo correspondente a um percentual sobre a margem de lucro nas operações de revenda. O ato acabou anulado, em ação popular ajuizada contra a Municipalidade, a Shell do Brasil e outros (Apelação e Embargos Infringentes 116.394-5/6, 3ª Câmara). Paralelamente a tal demanda, no entanto, a Vega Sopave S/A, contratada pela Shell para executar a reforma, ajuizou, em 1994, ação indenizatória em face da Municipalidade. Julgada improcedente por sentença confirmada por este Tribunal, ela acabou acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (Riso 317.463-SP), que considerou que, não obstante a ilegalidade do 'termo de cooperação', a Vega Sopave tinha direito a indenização pelas obras realizadas no autódromo. O aresto tem a seguinte ementa:

'ADMINISTRATIVO. Obras emergenciais. Contrato com a Administração Pública. Declaração de nulidade. Enriquecimento sem causa. Direito à indenização.

'1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1º) tenha ela, Administração, auferido vantagem do fato e (2º) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.

'2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada."

Transitada em julgado tal decisão, os créditos foram cedidos à Delta Participações LTDA. (fls. 31/33 do volume 1 do apenso da liquidação), que deu início à liquidação de sentença por arbitramento (fls. 2/11 do volume 1 do apenso da liquidação). No curso da liquidação (fls. 710/723 do volume 5 do apenso da liquidação), foram interpostos quatro agravos de instrumento.

O agravo de instrumento nº 990.10.021463-2 (fls. 31/37) tem como principal discussão qual a taxa de juros de mora aplicável a partir da vigência do Código Civil de 2002, se a taxa SELIC ou se a taxa de 12% ao ano. Julgado o recurso por este Tribunal, que determinou a aplicação da primeira taxa mencionada, a executada interpôs recurso especial, cujo processamento pende

Acesso ao Sumário

de apreciação.

No agravo de instrumento nº 990.07.157914-0 (fls. 38/44) discutia-se a necessidade de realização de nova perícia nos documentos da Vega Sopave. Negado provimento ao recurso especial interposto pelo Município, que insistia na produção daquela prova, o acórdão transitou em julgado em 15.10.13 (informação veiculada no *site* do STJ).

O agravo de instrumento nº 990.10.308649-0 (fls. 45/47) versa sobre a possibilidade de citação da executada, para os fins do art. 730 do CPC, antes do trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos à execução. Este Tribunal decidiu pela possibilidade da citação, e pende de apreciação agravo interposto pela executada contra despacho denegatório de processamento do recurso extraordinário por ela interposto.

No agravo de instrumento nº 994.09.232280-9 (fls. 48/53) a Municipalidade impugnou a inclusão do BDI no valor da indenização e o montante dos honorários advocatícios. O agravo foi provido por este Tribunal, e contra o acórdão foi interposto recurso especial, que aguarda julgamento.

Como os recursos pendentes não têm efeito suspensivo, a Delta iniciou a execução do julgado. Daí os presentes embargos à execução. A embargante alega, em síntese, que o valor da execução é controverso, pois pendem de julgamento recursos interpostos às instâncias superiores, referentes à decisão da liquidação de sentença. Contra a sentença de improcedência foi interposto o presente recurso de apelação.

O que ficou consignado permite verificar que apenas parte do valor objeto da execução é controversa. Com efeito, é incontroverso o montante da indenização fixado pela decisão proferida nos autos da liquidação, vol. 5, fls. 710/723 (R$ 61.664.844,72 para abril de 2006), excluídos, porém, o BDI, os juros de mora de 1% ao mês e os honorários advocatícios, questões sobre as quais versam os recursos interpostos ao STJ e STF. Aliás, os elementos trazidos aos autos pela própria Municipalidade corroboram que os únicos pontos controversos são os mencionados. Nesse sentido, comporta referência o documento de fls. 75/76.

O precatório pode ser expedido desde logo, limitado, porém, ao mencionado valor incontroverso. Trata-se de solução que evita risco de lesão ao erário e se coaduna com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de expedição de precatório de valor incontroverso. Não há que falar em violação ao art. 100, § 5º da CF (redação da EC 62/2009).

Cumpre mencionar a respeito o RE 549261/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/05/2007: "A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, na execução contra a Fazenda Pública, a expedição de precatório referente à parte incontroversa não afronta a Constituição da República.

Nesse sentido, os precedentes seguintes: 'EXECUÇÃO – PRECATÓRIO – DUPLICIDADE. Longe fica de conflitar com o artigo 100, § 4º, da Constituição Federal enfoque no sentido de ter-se a expedição imediata de precatório relativamente à parte incontroversa do título judicial, dando-se sequência ao processo quanto àquela impugnada por meio de recurso' (RE 458.110, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.9.2006)."

Assim também o decidido no Recurso Especial 1125582-MG. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2010, DJe 05/10/2010: "4. 'A consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça expressa o entendimento de que, segundo o estabelecido no art. 739, § 2º, do CPC, é possível a expedição de precatório sobre a parcela incontroversa da dívida (posto que não embargada), mesmo na hipótese de a União (Fazenda Pública) ocupar o polo passivo na ação de execução'. (EREsp 721.791/RS, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 19/12/2005, DJ 23/04/2007 p. 227). Na oportunidade, manifestei o seguinte posicionamento, precursor da divergência acolhida por esta Corte: 'Como se trata de parcela incontroversa, efetivamente, dela sequer cabe recurso. Se não cabe recurso é porque a decisão transitou em julgado; não há controvérsia sobre isso.'"

No mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgRg no AgRg no AResp 15696/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T. STJ, j. 21.02.13; Agravo 2045041-05.2013.8.26.0000, Rel. Des. Coimbra Schmidt, 7ª Câmara TJ/SP, j. 27.01.14 e Agravo de Instrumento nº 2056944-37.2013.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Garcia, 8ª Câmara TJ/SP, j. 29.01.14.

Em suma, para que a execução prossiga somente sobre a parte incontroversa, os embargos comportam parcial acolhimento.

Por fim, em razão da sucumbência recíproca, ficam compensados os honorários advocatícios.

Pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000433-21.2013.8.26.0334, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante ALISSON MAURÍCIO SANZOGO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SEBASTIANÓPOLIS DO SUL.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Lóy Andersson dos Santos.", de conformidade com o

Acesso ao Sumário

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO BARCELLOS GATTI (Presidente), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO IMÓVEL – DOAÇÃO – Pretensão inicial da Municipalidade voltada à anulação de ato administrativo praticado pelo anterior Edil – doação pura de imóveis pertencentes ao acervo público, sem que fossem respeitados os critérios legais – ausência de motivação apta a evidenciar o interesse público inerente ao negócio jurídico – a mera edição de decreto, ato normativo secundário, não tem o condão de mitigar a necessária observância aos princípios a que está submetida toda a Administração Pública por força constitucional (art. 37, *caput*, da CF/88 e art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93) – ilegalidade do ato de alienação – afronta aos princípios da impessoalidade e moralidade – inteligência do art. 17, *caput* cc. inciso I, f, da Lei Federal nº 8.666/93 – sentença de procedência da ação anulatória mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ALISSON MAURÍCIO SANZOGO** nos autos da "ação declaratória de nulidade de ato jurídico", ajuizada pela apelada, **PREFEITURA MUNICIPAL DE SEBASTIANÓPOLIS DO SUL**, julgada procedente pelo Juízo "a quo", sob o fundamento de, embora respaldado em legislação municipal válida, eficaz e vigente (compatibilidade formal e material com a Constituição), não ter o ato de alienação gratuita (doação) de bem público imóvel em favor do réu/apelante respeitado o princípio da *isonomia*, pelo que clarividente a sua ilegalidade, consoante a r. sentença de fls. 123/129, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 131/143), sustentou o réu, preliminarmente, a imposição de cerceamento ao seu direito de defesa pelo magistrado singular, na medida em que, ao julgar antecipadamente a lide, não oportunizou momento para produção de provas em geral, que ensejariam o decreto de

Acesso ao Sumário

improcedência da demanda. Ato seguinte, ainda como questão prejudicial, discorreu sobre a impossibilidade jurídica de, pela via difusa, haver o controle de constitucionalidade de leis municipais, sendo de rigor o reconhecimento da carência do regular exercício do direito de ação pela Municipalidade. Enfim, no que pertine ao mérito, defendeu o réu/apelante que a doação praticada pelo até então Edil de Sebastianópolis do Sul em seu favor respeitou o princípio da *legalidade*, inexistindo qualquer razão para a anulação do ato administrativo impugnado. Assim, requereu o provimento do apelo, para ser integralmente improcedente a pretensão inicial.

Recurso regularmente processado, livre de preparo em razão do beneplácito da gratuidade judiciária concedido ao apelante pelo Juízo "a quo" no bojo do *decisum* (fl. 129, 4º parágrafo, *in fine*), a despeito do inicial indeferimento (fl. 112), desafiando contrarrazões da Municipalidade (fls. 155/164).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Insurge o réu/apelante contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação anulatória, sob o fundamento de, embora respaldado em legislação municipal válida, eficaz e vigente (compatibilidade formal e material com a Constituição), não ter o ato de alienação gratuita (doação) de bem público imóvel em favor do munícipe respeitado o princípio da *isonomia*, pelo que clarividente a sua ilegalidade.

Porém, pelo que se depreende do acervo fático probatório coligido aos autos, o apelo **não** comporta provimento.

Ab initio, cumpre afastar as matérias preliminares aventadas pelo apelante em suas razões recursais. E, neste diapasão, frise-se inexistir, na hipótese *sub examine*, imposição de cerceamento ao direito de defesa do réu/apelante pelo tão só fato de ter o Juízo "a quo" procedido ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Ao Juiz, enquanto destinatário precípuo da prova, compete deferir somente as provas úteis ao deslinde da controvérsia (art. 130, do CPC), no sentido de formar o seu livre convencimento motivado (art. 131, do CPC). Por esta razão, encontrando-se a causa "madura" para julgamento, surge ao magistrado o **dever**, e não mera faculdade, de proceder à resolução da lide, em cumprimento ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional e à garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

Ademais, na hipótese dos autos, olvida-se o réu que a matéria controvertida nos autos versa questão unicamente de direito – *legalidade, ou não, do ato de doação pura de bem público imóvel frente às normas de regência das alienações praticadas pela Administração Municipal* –, dispensando a fase de dilação probatória, o que implica concluir que a aplicação do art. 330, I, do

Acesso ao Sumário

CPC (julgamento antecipado da lide), em nenhuma medida representou óbice ao exercício do direito de ampla defesa por qualquer das partes litigantes (art. 5º, LV, da CF/88).

Ato contínuo, também não há que se falar em impossibilidade de ocorrer o ***controle difuso de constitucionalidade*** das normas editadas na esfera Municipal pelas instâncias primárias, diversamente, pontue-se, do controle concentrado (*in abstrato* e *principaliter tantum*) que encontra óbice expresso no art. 102, I, 'a' da CF/88.

A verificação *in concreto* e incidental da compatibilidade (material/formal) de ato normativo municipal em face da Constituição Federal decorre do próprio sistema "pulverizado" de controle judicial de constitucionalidade adotado pelo ordenamento pátrio e permite ao Juízo singular, respeitados os limites subjetivos da decisão (*inter partes*), afastar a aplicação da lei local no estrito caso *sub examine* se contrária aos ditames da Carta Maior (hierarquia das leis).

É que sustenta o ilustre constitucionalista PEDRO LENZA, segundo o qual:

> "(...), por falta de previsão constitucional, seja no art. 102, I, 'a', seja no art. 125, § 2º, **inexistirá controle concentrado por ADI** [de ato normativo municipal em face da CF]. O máximo que pode ser feito é o controle **via sistema difuso**, podendo a questão levada ao Judiciário, através do recurso extraordinário, de forma incidental, ser apreciada pelo STF e ter sua eficácia suspensa, pelo Senado Federal, nos exatos termos do art. 52, X."[1].

Nesta linha, aliás, firmou-se o entendimento sólido do Pretório Excelso, conforme se depreende do seguinte excerto extraído da ementa da ADI nº 209/DF, sob a relatoria do até então Ministro SYDNEY SANCHES (STF, Tribunal Pleno, j. 20.05.1998): "*(...)* ***Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz pelo sistema difuso – e não concentrado – ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia 'inter partes' e não 'erga omnes', quando confrontado o ato normativo local com a Constituição Federal***".

Além destas pontuações teóricas que ratificam o desacerto da linha de impugnação seguida no apelo, certo é que, no específico caso *sub judice*, o Juízo "a quo", para fundamentar a sua decisão final, não se valeu em qualquer medida do controle difuso de constitucionalidade de normas, motivo pelo qual esta matéria preliminar suscitada pelo réu/apelante sequer mereceria o debruçar por parte deste órgão colegiado diante da manifesta ausência de interesse recursal.

Superadas, assim, as questões preliminares, passa-se ao enfrentamento do

Acesso ao Sumário

1 LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 15ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

meritum causae.

In casu, colhe-se da peça vestibular que JOSÉ ANTONIO ABREU DO VALLE, ex-prefeito do Município de Sebastianópolis do Sul, no mês final de seu mandato eletivo (**20.12.2012**), doou, livre de encargo, 55 imóveis de propriedade da Administração local, sem qualquer procedimento licitatório prévio, mas respaldado em legislação e decreto municipais editados para este fim (fls. 21/23, 25/26 e 27/28).

Ocorre que, segundo afirma a Municipalidade, aludida conduta afrontara os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, regentes de toda a Administração Pública, ao passo que beneficiou indivíduos específicos, dentre os quais se insere a figura do réu, ALISSON MAURÍCIO SANZOGO, que mantinham relacionamento estrito com o até então Edil (fls. 29/31).

Diante desta circunstância e por considerar que o ato administrativo de alienação do bem público imóvel individualizado na inicial estaria eivado de ilegalidade, ingressou a Prefeitura Municipal em Juízo com a presente demanda, pretendendo a anulação do negócio jurídico (fls. 02/16).

Pois bem.

A alienação de bens, móveis e imóveis, integrantes do acervo público ao particular, além de respeitar as normas legais pertinentes, deve sempre preservar o interesse público (axioma inerente aos *atos administrativos em sentido lato*), consubstanciando-se em um dos instrumentos de direito privado e de direito público que ensejem a translação do direito de propriedade.

Dentre as ferramentas negociais conferidas à Administração Pública está a ***doação***, que, de acordo com os escólios de HELY LOPES MEIRELLES: "*é o contrato pelo qual uma pessoa [de Direito Público] por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para outra (donatário), que os aceita (CC. arts. 538 e 539). É* ***contrato civil****, e não administrativo, fundado na liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A Administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público [bens dominicais – art. 101, do CC/2002], e comumente o faz para* ***incentivar construções*** *e* ***atividades particulares de interesse coletivo****. Essas doações podem ser com ou sem encargos e* ***em qualquer caso dependem de*** **lei autorizadora*****, que estabeleça as condições para sua efetivação, de*** **prévia avaliação** ***do bem a ser doado e de*** **licitação**"[2].

Desde logo, tão somente com força nestes apontamentos doutrinários e sem embargo da compatibilidade (formal e material), ou não, das leis municipais e respectivos decretos em face da Constituição Federal (que, como antecipado, **não** integra a *ratio decidendi* da sentença impugnada), de fato, não há como se considerar condizentes com a *legalidade* e *impessoalidade* administrativas os

2 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 605-606.

Acesso ao Sumário

atos praticados pelo até então Edil de Sebastianópolis do Sul.

Isso porque, em que pese a circunstância de o negócio jurídico, de liberalidade pura, ter se respaldado em legislação local (registre-se, *obter dictum*, de duvidosa constitucionalidade), **não guardou respeito com relação aos princípios constitucionais da Administração e às normas da Lei Federal nº 8.666/93**, que, dentre outras matérias, rege os atos de disposição dos bens públicos.

Como cediço, na seara dos bens pertencentes à Administração Pública prevalece a regra da ***indisponibilidade*** (bens coletivos e de uso especial – art. 100, do CC/2002), associada à ***alienabilidade condicionada*** (bens dominicais – art. 101, do CC/2002). Significa dizer que, muito embora o bem público (*lato sensu*) seja declarado *inservível* – írrito de utilidade – ou *ocioso* – bem público em excesso – pela Administração, sua **doação** a terceiros impõe a preservação, em certa medida, da utilidade pública pelo particular (*direito de moradia, assistência médica social, entidade particular de internação de crianças e adolescentes, etc.*).

A respeito do tema, conforme bem elucida JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

> "Segundo dispõe o art. 17, I, 'b', da Lei nº 8.666/93, a doação de imóveis somente é permitida quando for destinada a '*outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo*'. (...) Entretanto, tal dispositivo sofreu alterações [pela Lei nº 11.952/2009], reduzindo-se a restrição já mencionada em ordem a admitir-se a doação a particulares quando se tratar de **programas habitacionais ou de regularização fundiária**. Essa parte final caracteriza-se perfeitamente como *norma geral*, e não *específica*: não está voltada apenas para a União. Consequentemente, **mesmo se omissa a respeito a legislação estadual, distrital ou municipal, será legítima a doação de imóveis a particulares se tiver por alvo um daqueles objetivos de caráter social**"[3].

Neste diapasão, os elementos de informação constantes dos autos denotam clara infração à disposição do art. 17, *caput* cc. inciso I, *f*, da Lei Federal nº 8.666/93 (norma geral aplicável no âmbito Municipal – art. 1º[4]), uma vez que o réu, conquanto inserido em programa local de habitação (vide rol de interessados, constante do CD-ROM de fls. 83), foi beneficiado de forma ***pessoal*** e ***arbitrária*** pelo ex-prefeito de Sebastianópolis do Sul, sem qualquer avaliação prévia do bem ou motivação no sentido de se evidenciar o interesse

Acesso ao Sumário

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 26ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 1197.

4 **Art. 1º** Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

público inerente ao negócio, caracterizando-se, assim, o *desvio de finalidade* passível de ensejar a invalidação do ato de disposição.

> **Art. 17.** A alienação de bens da Administração Pública, **subordinada à existência de interesse público devidamente justificado**, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
>
> (...)
>
> I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f, h* e *i*;
>
> (...)
>
> f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
>
> (...)

Ao que se infere, o réu/apelante camufla (injuridicamente) seus interesses de foro íntimo, sob o alegado pretexto de resguardar o "espírito social" de que se revestiria a doação (fl. 143), olvidando, contudo, o fato de que, a despeito de sua boa-fé na aceitação do bem doado, fora o próprio ato administrativo aqui impugnado, tal como realizado pelo então Edil de Sebastianópolis do Sul, que externalizou a mencionada "conduta politiqueira" (fl. 143), em nefasta afronta aos princípios mais comezinhos a que submetida toda a Administração Pública, mais precisamente: a ***moralidade*** e a ***impessoalidade*** (art. 37, *caput*, da CF/88 e art. 3º, da Lei nº 8.666/93).

Cabia ao Chefe do Executivo Municipal, afora buscar a edição de leis específicas que simples e aleatoriamente autorizassem a doação de bens públicos imóveis, instaurar procedimento administrativo, **impessoal** e **eficiente**, viabilizando não só a participação de todos os munícipes interessados (**publicidade**) e que preenchessem os requisitos de preservação do interesse público, mas também a própria elaboração de uma **conclusão motivada** por parte da Administração local a respeito de quais seriam aqueles beneficiados com os atos de alienação.

Importante, ainda, destacar a ressalva efetuada pelo Juízo "a quo" em seu *decisum* no sentido de que "*as doações foram de tamanha ilegalidade que*

muitos dos donatários já fizeram acordos, em outros processos, abdicando do terreno doado ***em nítida assunção de que não preenchiam os requisitos legais***" (fl. 129).

Por isso e em suma, não há razão para a reforma da r. sentença de primeiro grau, restando improvido o recurso do réu/apelante.

Diante do quanto exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo do réu/apelante, de modo a manter a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e bem lançados fundamentos jurídicos.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0024099-26.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado ARTUR DÓRIA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Elison Rizziolli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.483)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO – Investigador de polícia – Demissão a bem do serviço público – Pretensão de anulação do ato administrativo e consequente reintegração no cargo – Alegação de nulidade do ato por falta de competência do Secretário Adjunto de Segurança Pública – Prova documental de que o Adjunto não substituía o Titular da Pasta – Ato administrativo anulado – Sentença de procedência confirmada – Reexame necessário e recurso voluntário, desprovidos.

VOTO

Relatório

Ação declaratória de nulidade de ato jurídico c.c. reintegração de cargo proposta por ex-investigador de polícia, demitido *a bem do serviço público*, pretendendo sua reintegração ao cargo com todas as vantagens devidas.

A r. sentença, de relatório adotado, acolheu o pedido.[1]

Recorre a Fazenda do Estado; recurso recebido, com resposta.[2]

Fundamentação

Interposto reexame necessário, nos termos e conforme a Súmula 108 do Tribunal de Justiça.[3]

Ex-investigador de polícia requer provimento declaratório de nulidade do processo administrativo nº 5.556/03 – DGP nº 12.638/03, que culminou com sua demissão a bem do serviço público, publicado no D.O.E. em 15/11/08 e consequente reintegração no cargo que ocupava, com todas as vantagens devidas.

Aduz que o procedimento administrativo que aplicou pena demissória ostenta vícios insanáveis quais sejam: *1)* afronta ao art. 108 da L.C. 922/02, já que ouvido testemunho de Silvio César de Lima, filho do denunciante; *2)* pena de demissão aplicada por autoridade incompetente, o Secretário Adjunto da Pasta, em desrespeito ao art. 114, § 4º, da L. 922/02.

A r. sentença recorrida concluiu pela nulidade do ato administrativo ao fundamento de incompetência do Secretário Adjunto da Secretaria da Segurança Pública, que não atuava em substituição porque o titular da pasta estava em pleno exercício da função pública. *Tantum devolutum quantum apellatum.*

Funda-se a sentença nos docs. de fls. 868/875.

A Fazenda defende que o Secretário Adjunto firmou o *ato administrativo na condição de substituto legal do Secretário Estadual da Segurança.*

Entrementes, adjunto não exerce (*rectius*, não deve exercer) função de substituição de titular quando este está no exercício do cargo; afinal, há um secretário titular coadjuvado por outro, que responde nos impedimentos legais, temporários e ocasionais do titular. Assim dispõe o Decreto nº 27.663, de 30/11/87.[4]

1 Sentença, fls.1.186/1.193.

2 Recurso, fls. 1.196/1.207; recebimento, fls. 1.213; contrarrazões, fls. 1.294/1.351.

3 "A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01."

4 **Artigo 1.º -** (…)

Artigo 2.º - Ao Secretário Adjunto da Secretaria da Segurança Pública, além de suas atribuições legais e

Acesso ao Sumário

Qual era o impedimento legal e temporário ou ocasional do titular da pasta não se sabe; sabe-se que estava em exercício. A presunção de legalidade não é *juris et de jure*, de direito e por direito; existe enquanto não impugnada, mas a partir do momento que ingressa na esfera de direito individual, deve ser demonstrada sua legitimidade.

A invalidade do ato principal antecedente não se convalida por ato posterior (pedido de reconsideração) que não seja do mesmo peso e quilate. Incumbia à Fazenda o ônus de comprovar que o Secretário Adjunto atuava em substituição legal ao Secretário Estadual da Segurança quando praticou o ato de demissão do autor, mas disso ela não se desincumbiu.

Constata-se, com efeito, é lamentável, que se perde tempo e dinheiro (leia-se, erário) com decisões administrativas que, com um pouco mais de atenção, poderiam ter sido editadas dentro de estrita legalidade.

Confirma-se a sentença que anulou a penalidade imposta ao apelante, contém apropriada fundamentação, de fato e de direito, foi criteriosa no julgamento da lide.

É como voto.

Dispositivo

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO, DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0042423-98.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DIMAS WENCESLAU VOGEL (JUSTIÇA GRATUITA) e JUÍZO "EX OFFICIO", 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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.447)**

Acesso ao Sumário

---

regulamentares, compete:

I - responder pelo expediente da Secretaria da Segurança Pública nos impedimentos legais e temporários, bem como ocasionais, do Titular da Pasta; (grifei).

II - representar o Secretário da Segurança Pública junto às autoridades e órgãos públicos;

III - coordenar o relacionamento entre o Secretário da Segurança Pública e os dirigentes dos órgãos da Pasta e das entidades descentralizadas a ela vinculadas.

Artigo 3.º - As atribuições do Secretário Adjunto poderão ser complementadas mediante ato próprio do Secretário da Segurança Pública.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidente do trabalho – Ação visando o recebimento de auxílio-acidente, em razão da perda auditiva induzida por ruído ocupacional – Óbito do segurado durante o curso do processo e antes da juntada aos autos do laudo pericial oficial – Impossibilidade de se reconhecer qualquer direito da sucessora do falecido, uma vez que o termo inicial do auxílio-acidente só poderia ser fixado na data da juntada do trabalho técnico, posterior à morte do obreiro – Inexistência de parcelas atrasadas – Improcedência do pedido – Recurso improvido.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelação do autor contra a r. sentença de fls. 165/166, que julgou improcedente o pedido de reparação acidentária, ante o não reconhecimento do nexo causal. Pretensão fundamentada na existência de incapacidade laborativa, decorrente de perda auditiva de cunho laboral.

Inconformado, alega o recorrente que, conquanto a decisão recorrida esteja amparada na perícia médica produzida nestes autos, a qual acenou para ausência do nexo causal, os demais elementos de prova, notadamente o laudo produzido na Justiça do Trabalho, deixaram bem evidenciadas a incapacidade laboral bem como a relação existente entre a moléstia e o labor. Nessa linha, refere não estar o Juízo adstrito ao laudo pericial, devendo atentar-se para o conjunto probatório, que, na hipótese, induz ao reconhecimento dos requisitos ensejadores do amparo perseguido (fls. 168/173).

Sem contrarrazões (fl. 174/verso).

FUNDAMENTO E DECIDO.

O inconformismo não merece prosperar, mantendo-se a improcedência do pedido, por outros fundamentos.

Conforme narrativa lançada na inaugural, o autor laborou de 15.02.1967 a 08.06.2009, como mestre de teste de motores, para a Mercedes Benz do Brasil Ltda., e em razão das condições agressivas de trabalho, tornou-se portador de

Acesso ao Sumário

perda auditiva induzida por ruído.

Ante as restrições funcionais suportadas, em razão da moléstia que lhe acometeu, entende fazer jus ao auxílio-acidente.

Esclarece estar em gozo de aposentadoria especial, desde 24.09.1992.

Pela r. sentença recorrida, com lastro no laudo técnico ultimado aos autos (fls. 85/92), o pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que não restou caracterizado o nexo causal com a atividade laboral.

De fato, conquanto o laudo técnico tenha confirmado a existência de déficit auditivo passível de ensejar a redução do potencial laborativo, por outro lado, acenou para a ausência do nexo causal, considerando para tanto as características das perdas apuradas (fls. 91).

Em manifestação ao laudo, o autor apresentou cópia do laudo produzido na Justiça do Trabalho, afirmando haver elementos técnicos que comprovam o nexo causal.

Sucede que, no caso, ainda que fosse admitido o nexo causal, considerando os demais elementos apontados pelo requerente, a pretensão não poderia ser acolhida conforme a seguir se verá.

Ora, a causa de pedir se refere à perda auditiva induzida pelo ruído existente no ambiente de trabalho, sem prova de que, na esfera administrativa, o segurado tenha formulado requerimento ao INSS.

Partindo dessa premissa, na hipótese de doença comprovadamente adquirida pelo exercício do labor, sem concessão de auxílio-doença ou comprovação de pedido administrativo ao ente público, o termo inicial do auxílio-acidente, como já reiteradamente decidido pelas Câmaras Acidentárias desta Corte de Justiça, só poderia ser fixado na data da juntada do laudo pericial aos autos, momento em que a autarquia tem ciência inequívoca da existência da moléstia, bem como do nexo causal e da incapacidade laborativa.

O trabalho técnico foi juntado aos autos em 20.04.2011 (fl. 83), ao passo que o óbito do autor se deu em 28.03.2011 (fl. 105).

Sendo assim, ainda que se reconhecesse os requisitos concessivos do amparo da lei da Previdência Social, a verdade é que nada seria devido à sucessora do falecido (fl. 131), pois o marco inicial da benesse seria obrigatoriamente fixado em data posterior ao óbito.

Aliás, nesse sentido:

"*ACIDENTE DO TRABALHO – OBREIRO FALECIDO NO CURSO DO PROCESSO – PRETENSÃO DA VIÚVA AO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO-ACIDENTE ENTRE A DATA DA CITAÇÃO DO INSS E A DATA DO ÓBITO – TERMO INICIAL NA DATA EM QUE PROTOCOLADO O LAUDO EM JUÍZO E TERMO FINAL NA DATA DO ÓBITO – AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE DO DENOMINADO 'PERÍODO INDENIZÁVEL', NA*

MEDIDA EM QUE O ÓBITO DO OBREIRO OCORREU ANTES QUE O LAUDO FOSSE JUNTADO AO PROCESSO – CARÊNCIA CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO.

(...)

Levando-se em conta que não há qualquer registro de comunicação do mal incapacitante diagnosticado (perda auditiva induzida por ruído), na esteira de pacífica jurisprudência desta Câmara Especializada, o termo inicial do benefício deve ser a data de apresentação do laudo pericial em juízo, oportunidade em que definida a doença e sua sequela incapacitante.

Na hipótese dos autos, esse termo inicial seria 30/10/2003 (fls. 66), anotando-se que a perícia foi realizada dois dias antes.

A morte do segurado ocorreu em 21/10/2003 (fls. 83).

Ora, como o período de concessão do benefício seria da data de apresentação do laudo até a data do óbito, não é viável a concessão do pretendido auxílio-acidente, porque o fato que faz cessar o benefício (óbito) aconteceu antes mesmo da juntada do laudo.

Diante do exposto, o meu voto é pelo desprovimento do apelo" (Apel. s/ Rev. nº 429.611-5/5-00, Rel. Exmo. Des. Antonio Moliterno, J. 15.04.2008).

No mais, também não se ignora a existência dos exames audiológicos apresentados pelo obreiro (fls. 32/43), com datas bastante anteriores ao óbito, todavia, somente com a perícia médica oficial se daria ciência inequívoca à autarquia de que o segurado fazia jus ao amparo acidentário.

Antes disso, e sem prova de requerimento administrativo, como já ressaltado, não há como se falar em recusa por parte do INSS, de maneira que o auxílio-acidente só poderia mesmo ser devido a partir da juntada do laudo pericial, posterior ao óbito do autor.

De resto, observo que o segurado era beneficiário de aposentadoria especial, conforme ele próprio noticiou.

Seria o caso de investigar se teria sido considerado, para efeitos de contagem desta aposentadoria, o fator ruído (causa de pedir desta demanda), pois, em caso positivo, seria impossível a cumulação da aposentadoria, em parte especial, com o auxílio-acidente almejado, consoante jurisprudência, "*a efetiva ocorrência desse prejuízo, por conta da atuação empreendida ao longo do período contado para o aposentamento, não pode, cumulativamente, propiciar a concessão de um segundo benefício*" (cf. Apelação sem revisão nº 704.053/7, Relator Juiz Arantes Theodoro).

Em conclusão, a sucessora do segurado falecido não faz jus a qualquer parcela atrasada proveniente de eventual direito ao auxílio-acidente pretendido na inicial, devendo ser mantida a improcedência do pedido.

Acesso ao Sumário

A sucumbente goza de isenção em relação aos encargos processuais (parágrafo único, do artigo 129, da Lei nº 8.213/91).

POSTO ISTO, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0002136-82.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitado 7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Turma Especial – Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de competência para declarar a 18ª Câmara de Direito Público, suscitante, como competente para julgamento da ação rescisória v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2003/2014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), RICARDO DIP, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, EUTÁLIO PORTO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, REBOUÇAS DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, SOUZA MEIRELLES, LUCIANA BRESCIANI e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 28 de março de 2014.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Ação Rescisória ajuizada pela Municipalidade de São José do Rio Preto. Pretendida rescisão de sentença que declarou inconstitucional incidentalmente a COSIP. Dúvida acerca da substitutividade do acórdão que reformou a sentença, porquanto aquele só tratou de questão afeta a honorários advocatícios. Impossibilidade. Para que o acórdão substitua a sentença, necessário se faz que o Tribunal tenha enfrentado o *meritum causae* em

sentido estrito. Competência da Câmara suscitante, nos termos do artigo 35, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente para declarar a competência da Colenda 18ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos de Ação Rescisória ajuizada pela Municipalidade de São José do Rio Preto em face de Silvana Aparecida Fernandes. Aduz o Município que a r. sentença prolatada no processo nº 10.865/2006, da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca de São José do Rio Preto, violou literal disposição do artigo 149-A, da Constituição Federal, posto que declarou incidentalmente sua inconstitucionalidade para afastar a exigibilidade da Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública – COSIP, o que justifica a rescisão do aresto com supedâneo no art. 485, inc. V, do CPC (fls. 2/10).

Distribuída a ação ao 7º Grupo de Câmaras de Direito Público, declinou o ínclito Relator de sua competência, ao argumento de que o julgamento de rescisão de sentença compete às Câmaras de Direito Público, nos termos do artigo 35 do Regimento Interno deste Tribunal.

Redistribuídos os autos à Colenda 18ª Câmara de Direito Público, em resposta à representação dirigida ao Excelentíssimo Senhor Presidente desta Seção de Direito Público (fls. 145), suscitou-se conflito negativo de competência, com determinação de remessa dos autos à Colenda Turma Especial de Direito Público deste Tribunal de Justiça (fls. 151/155). Sustenta o órgão suscitante que, a despeito de o acórdão que apreciou a sentença ter apenas apreciado questão relativa a honorários advocatícios (fls. 83/85), este substitui a sentença, o que torna competente o 7º Grupo de Câmaras de Direito Público para conhecer e julgar da matéria, consoante disposição do artigo 37, § 1º, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o município de São José do Rio Preto objetiva, com a presente Ação Rescisória, rescindir sentença que declarou inexigível a cobrança da chamada COSIP, e que afastou a aplicação do artigo 149-A, da Constituição Federal, por entendê-lo inconstitucional (fls. 52/61).

Houve interposição de apelação (fls. 63/66) contra r. sentença rescindenda, com que se objetivava unicamente a majoração da verba honorária em que condenada a Municipalidade sucumbente. Tal recurso, como se denota de fls. 61/65, foi conhecido e julgado, oportunidade em que se elevou os honorários do

Acesso ao Sumário

causídico ao patamar de R$ 800,00 (oitocentos reais).

Como se observa, o v. acórdão, que reformou em parte a sentença rescindenda, apenas conheceu e julgou a matéria afeta aos honorários advocatícios, não conhecendo de questões relativas à constitucionalidade da contribuição inserida pela Emenda Constitucional nº 39/02.

Nesse diapasão, diz-se que houve apenas substituição parcial da sentença, e não integral, como sugere o v. aresto de fls. 151/155, que suscitou o presente incidente.

Isto porque, a dicção do artigo 512 do Código de Processo Civil é inequívoca no sentido de que "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida **no que tiver sido objeto do recurso**".

Nelson Nery Júnior[1], a esse respeito, leciona que "a substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. **O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal**. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal". E mais[2]: "Não basta que o tribunal conheça do recurso para que o acórdão seja rescindível. É necessário, ainda, um segundo requisito: que no julgamento do mérito do recurso decida questão do *meritum causae* em sentido estrito. Por exemplo, acórdão que julga o mérito de agravo de instrumento, provendo-o para deferir prova pericial, não é rescindível porque, embora tenha conhecido do recurso, a questão objeto do agravo não é de mérito. Nesse exemplo, portanto, o acórdão não é decisão de mérito".

Em síntese, o acórdão de fls. 61/65 não pode substituir a sentença em seu inteiro teor porquanto nesta há matérias que não foram alçadas ao conhecimento do Tribunal. No mais, conclui-se que o objeto da presente Ação Rescisória, ajuizada pelo Município de São José do Rio Preto, concerne justamente àquelas matérias não conhecidas pelo Tribunal quando da interposição da apelação de fls. 63/66.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, também já estabeleceu que "somente os acórdãos que enfrentam o mérito da questão são sujeitos a rescisão, na forma do art. 485, *caput*, do CPC. Nesse caso, o pronunciamento do órgão *ad quem* substitui a sentença contra a qual foi manejado o recurso. **Porém, tal não ocorre quando o tribunal competente para o julgamento do apelo, dele não conhece. Nesse caso, não havendo substituição da sentença hostilizada, somente essa poderá dar ensejo ao ajuizamento de ação rescisória, mas não o acórdão**". (REsp nº 474.022/RS,

Acesso ao Sumário

1 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1016.

2 Op. cit., p. 933.

4ª Turma, j. 28/04/2009, rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

No mais, estabelecendo o artigo 35 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que compete às Câmaras julgar "os recursos das decisões de primeira instância, os embargos infringentes, os embargos declaratórios opostos a seus acórdãos, **as ações rescisórias e revisões criminais de sentença** (...)", não se olvida a competência da Câmara suscitante para conhecer e julgar da presente ação.

À vista de tais considerações, com a devida vênia, a competência para julgamento desta Ação Rescisória é da Colenda 18ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal.

Ante o exposto, julga-se procedente o Conflito de Competência para declarar competente a Câmara suscitante, 18ª Câmara de Direito Público, para o julgamento desta ação.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0005841-02.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA – CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS.

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 28532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Ação popular – Propositura para que o Estado interfira na programação da TV Cultura, impedindo que sejam transmitidas missas católicas no canal – Ausência de ilegalidade, lesividade ou

Acesso ao Sumário

imoralidade administrativa – País laico, sem religião oficial, mas que, historicamente, tem ligação forte com o catolicismo – Liberdade de transmissão dos vários cultos que representam a diversidade cultural brasileira – Ação popular que não pode ser usada como protesto do cidadão, nem como forma de compelir a Administração Pública de escolher determinada diretriz – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação popular ajuizada por **Pascoal de Marco** contra **Fundação Padre Anchieta**. Diz a inicial que a TV Cultura é mantida pelo Estado, com dinheiro público. Sendo assim, uma vez que a Constituição Federal impõe que o Estado seja laico, não se pode admitir que a emissora pública transmita cultos de determinada religião, alegando o autor que a transmissão firmaria laço econômico entre o Estado e a Igreja, o que não é permitido pela Lei Maior. Requereu seja a ré compelida a retirar da sua programação a transmissão de missa católica apostólica romana do ar.

Manifestação do Ministério Público pela extinção do feito.

O processo foi julgado extinto, sem apreciação do mérito (fls. 72), mas a decisão foi reformada pela 3ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, anulando-se a sentença proferida (fls. 114).

Os autos retornaram à vara de origem, onde a Fundação foi citada, apresentando contestação. Em preliminar, sustentou a ré que falta interesse de agir ao autor. No mérito, afirmou que é uma entidade privada e que, nessa situação, mesmo que haja aporte de dinheiro público, isso não dá o direito do Estado dirigir a programação da entidade. No mérito, afirmou que a transmissão da missa atende à tradição católica do país, tanto que temos até feriados religiosos.

A ação foi julgada improcedente (fls. 206) pela Juíza *Maria Fernanda de Toledo Rodobalho.*

Reexame necessário. Parecer da douta Procuradoria de Justiça, a fls. 230.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia em saber se a decisão que julgou a ação improcedente, por entender que o autor da ação popular não estaria discutindo ofensa à moralidade, mas apenas o direito de escolher a programação, ou seja, questão relacionada ao exercício da democracia, estaria ou não dentro dos limites da ação popular.

Entende-se que a ação popular é um instrumento da democracia que permite que os cidadãos possam discutir a legalidade dos atos da Administração

Acesso ao Sumário

Pública, trazendo a Constituição Federal de 1988, além do controle da lesividade e da ilegalidade do ato administrativo que já existia, também um controle de sua moralidade.

Assim a questão foi analisada pela douta julgadora.

Verificou-se que como a TV Cultura não é entidade que tem fins lucrativos e que não há nos autos nada a indicar que a transmissão da missa onere especialmente os cofres públicos, a possibilidade de propositura da ação popular passou a ser vista apenas pelo prisma da ofensa à moralidade administrativa.

Sob esse enfoque, conclui-se que a transmissão de missas ou outros cultos religiosos pela TV Cultura não ofende a moralidade administrativa, pois, embora o Brasil seja um Estado laico, não se pode negar que, por tradição histórica, tem ligação forte com a religião católica, fato que pode ser verificado em razão dos inúmeros marcos católicos existentes nas cidades brasileiras.

Isso não quer dizer que o Estado esteja adotando alguma religião específica ou que outras religiões sejam de maior ou de menor importância dentro do nosso país, havendo a convivência harmônica e pacífica, em razão justamente da grande miscigenação de raças aqui ocorrida.

A transmissão da missa, ou de qualquer outro evento de cunho religioso, possa ser considerado ofensivo à moralidade administrativa, pois as diferentes religiões e os cultos a ela dedicados fazem parte da rica cultura brasileira, não fazendo qualquer sentido a determinação à TV Cultura para que pare de veicular as missas católicas em sua programação.

Não há qualquer ofensa à moralidade administrativa, a apresentação da missa na TV Cultura.

Ainda, muito embora a ação popular exista com o fim de coibir o ato irregular, como bem observou a decisão de primeiro grau, não pode ser utilizada como forma de protesto do cidadão e nem como maneira de forçar a Administração Pública a escolher uma determinada diretriz, não podendo, portanto, ser usada para que a Fazenda interfira na programação transmitida pela TV Cultura.

Mantém-se, pois, a decisão de primeiro grau em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0022514-31.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente

JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido LUCIANO SAMARA TUMA GIARETTA.

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 15789)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – IAMSPE – Descontos a título de assistência médica – Cessação – Admissibilidade – Regramento estadual que afronta o disposto no artigo 149, § 1º, da Constituição Federal – Precedentes – Reexame necessário desprovido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ***Luciano Samara Tuma Giaretta***, Delegado de Polícia, contra ato do ***Gerente de Finanças do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE***, objetivando a cessação da contribuição instituída compulsoriamente, no valor de 2% sobre o valor de seus vencimentos e demais vantagens, destinada ao IAMSPE.

A respeitável sentença de fls. 51/54 concedeu a ordem para reconhecer a não obrigatoriedade da contribuição, confirmando liminar anteriormente deferida (fls. 28/29).

Ausente recurso voluntário, os autos foram remetidos para reexame necessário.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar nos autos, por entender inexistir interesse e legitimidade do Ministério Público para a atuação no presente processo (fls. 64).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A contribuição instituída pelo Decreto-lei nº 257/70, com redação dada pela Lei Estadual nº 2.815/81, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 no que pertine à compulsoriedade da cobrança.

Conforme disposto no artigo 149, § 1º, da Constituição Federal, o Poder Público Estadual pode instituir contribuições sobre os estipêndios de seus servidores apenas para o custeio dos sistemas de previdência, não incluindo o

Acesso ao Sumário

sistema de saúde.

Desta forma, mostra-se completamente inadmissível o caráter compulsório da filiação, haja vista que qualquer interpretação extensiva do texto constitucional ofenderia o princípio da estrita legalidade que norteia todo o comportamento da Administração.

Ademais, nos termos do artigo 196 e 203 da Constituição Federal, os serviços públicos de saúde e assistência social independem de contribuição e são prestados pelo Estado a quem deles necessitar.

Por outro lado, o artigo 201 da Carta Magna, prevê que "*a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei (...)*".

Daí porque, correta a cessação dos referidos descontos, com o fim da filiação compulsória do recorrido.

Aliás, esta Corte já se pronunciou nesse sentido:

"*Previdenciário. Custeio de Assistência Médico-Hospitalar. IAMSPE. Compulsoriedade. Descabimento. Regime facultativo de contribuição. Precedentes do E. Supremo Tribunal Federal. Reexame necessário desprovido.*"[1]

"*SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – Contribuição compulsória, de 2% dos vencimentos/proventos, instituída pelo IAMSPE para o custeio de serviços de assistência médico-hospitalar – Regramento local (artigo 3º, I, da Lei Estadual nº 2.815/81) que contrasta com o disposto na Constituição Federal de 1988 – Artigo 149, § 1º, da Carta Magna que permite aos Estados cobrar, em caráter obrigatório, contribuição para o sistema próprio de previdência social – Contribuição para manutenção de sistema de saúde que, desse modo, deve ser facultativa, máxime quando destinada a entidade privada (...).*"[2]

E o Colendo Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre o tema:

"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO COMPULSÓRIO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE AOS SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INCOMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA INSTITUIR TAL CONTRIBUIÇÃO. 1. As contribuições previdenciárias*

1 TJ/SP, Reexame Necessário nº 0040751-84.2011.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Borelli Thomaz, j. 19/03/2014.

2 TJ/SP, Apel. nº 0042374-52.2012.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 29/01/2014.

para custeio de serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica não podem ser instituídos de forma compulsória pelo Estado-Membro por lhe faltar competência constitucional para tanto. (Precedente: RE 573.540, Dje de 11/06/10, Relator Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral foi reconhecida, e da ADI 3.106, da relatoria do Ministro Eros Grau (...)"[3]

Nesse contexto, de rigor a manutenção da respeitável sentença de primeiro grau, mostrando-se inquestionável o direito do recorrido de se desligar do regime de assistência imposto, com a consequente cessação dos descontos efetuados em favor do IAMSPE.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao reexame necessário.

3 STF, RE 617415 AgR-ED-ED, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013.

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0185549-35.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado BRUNO RANI RODRIGUES DE MORAES.

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 19856)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 26 de maio de 2014.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Exceção de incompetência – Provimento nº 1624/2009 do Conselho Superior da Magistratura, que delega competências à 5ª Vara das Execuções Criminais da capital – Ausência de afronta aos princípios do juiz natural ou da legalidade – Competência do Tribunal de Justiça para definir regras de competência judiciária. Inteligência do art. 96, I, da Constituição Federal – Celeridade processual e razoável duração do processo. Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal – Precedentes do E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Conselho Nacional de Justiça – Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo em execução interposto pelo **Ministério Público** contra r. decisão que rejeitou exceção de incompetência do juízo proposta

pelo membro ministerial, sustentando, em síntese, ilegalidade de provimento editado pelo Conselho Superior da Magistratura, o qual teria alterado regras de competência fixadas pela legislação local de organização judiciária (fls. 14/21).

Em contraminuta, a Defensoria Pública pugna pelo desprovimento do agravo (fls. 31/40).

Decisão mantida (fls. 41), o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso (fls. 45/47).

É O RELATÓRIO.

Com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, tenho que o atacado provimento encontra amparo legal e constitucional.

Sustenta o agravante, que a edição do Provimento nº 1624/2009 pelo Conselho Superior da Magistratura, alterando as regras de competência fixadas na Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, imprime afronta aos princípios da legalidade e do juízo natural.

O ato administrativo em comento confere competência à 5ª Vara das Execuções Criminais da capital para processamento e julgamento de incidentes de execução penal relacionados a certos estabelecimentos prisionais, dentre eles, a Penitenciária II de Reginópolis, na qual se encontra o agravado.

A determinação encontra amparo em princípio constitucional que garante a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A finalidade do ato impugnado é assegurar a observância do mencionado preceito constitucional, permitindo-se a brevidade na análise de incidentes de execução da pena, reconhecida a deficiência na estruturação de certas varas judiciais.

Processo análogo ao tratado nestes autos foi julgado pelo C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, o qual se manifestou nos seguintes termos:

> "*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Provimentos nºs 1225/06 e 1227/06 do Conselho Superior da Magistratura, que definiram as unidades judiciais competentes para processamento de execuções criminais e corregedoria permanente de estabelecimentos prisionais – Ausência da alardeada violação ao preceito do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, haja vista que os atos normativos ora questionados em nenhum momento pretenderam legislar sobre processo penal, cuidando tão somente de dar cumprimento ao disposto no art. 65 da Lei de Execução Penal – Designações que visam a eliminar eventuais concentrações de competência, facilitar o controle da pena e a solução de seus incidentes, atendendo o interesse da Justiça e à Recomendação nº 20, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça – Mera delegação de competência a determinada Vara especializada*

que é realizada nos estritos limites conferidos ao Tribunal de Justiça, na forma dos arts. 96, 125, caput *e § 1º, da Constituição Federal, e arts. 65 da Lei de Execução Penal e 33, inciso I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo, não implicando em violação ao princípio do juiz natural, que, no processo penal, não coincide forçosamente com o juízo da sentença ou do local de cumprimento da pena – Providência, por outro lado, que requer medidas efetivas, ágeis e concretas, que não se coadunam com o largo tempo exigido para o estabelecimento de projeto legislativo específico – Atuação, ademais, que se dá no âmbito da autonomia da política administrativa, ínsita ao autogoverno e à administração do Tribunal de Justiça, garantida pelo artigo 96 da Constituição da República – Precedentes do CNJ – Arguição julgada improcedente.*" *(TJSP, Órgão Especial, Rel. Paulo Dimas Mascaretti). (Proc. 0055339-27.2012.8.26.0000, j. 17/04/2013).*

Assim dispõe o art. 33, I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 03, de 27 de agosto de 1969):

Artigo 33. – Aos Juízes das Varas das Execuções Criminais compete:

I – a execução da pena e seus incidentes na Comarca da Capital e nas demais do Estado onde não houver juiz especial.

A delegação da competência a determinada vara especializada não caracteriza afronta ao princípio do juízo natural, nem significa a criação de tribunal de exceção. Trata-se, na realidade, de estrita observância ao que dispõem os arts. 96 e 125, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, bem como os arts. 65 da Lei de Execução Penal e 33, I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo.

Não é demais ressaltar que a delegação da competência destinou-se a órgão prévia e legalmente constituído, qual seja, a 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital.

Exigir que esta alteração seja afeta a projeto de lei específico seria ignorar o seu significado e a obrigação que tem o Poder Judiciário de oferecer uma prestação jurisdicional justa e atual.

Neste sentido, faço menção ao já citado julgado do C. Órgão Especial desta Corte:

"*Bem de ver que tal orientação tem por objeto a afetação das unidades prisionais às unidades judiciárias mais bem estruturadas, de molde a garantir agilidade e eficiência na execução criminal e, por consequência, também no controle da pena, com nítidas consequências no gerenciamento do sistema prisional, beneficiando, inclusive, o próprio condenado.*

De outra banda, não se pode olvidar que determinados estabelecimentos penitenciários recomendam um certo afastamento físico dos magistrados responsáveis pela sua condução, propiciando-lhes maior segurança pessoal; tais peculiaridades devem e são tomadas em consideração pelo

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça na definição e alteração das competências das varas de execuções criminais, nos exatos limites da legislação mencionada precedentemente."

Demandas específicas e pontuais exigem uma atuação célere e efetiva do Estado, o que não se coaduna com o moroso processo legislativo.

A necessidade da prestação jurisdicional às demandas dos sentenciados exige certa flexibilidade na organização dos órgãos competentes para apreciação dos pedidos, a fim de se garantir a efetivação da justiça e da liberdade a que tem direito o condenado.

Finalmente, ressalto manifestações do E. Conselho Nacional de Justiça a respeito do tema:

"*O artigo 96 da Constituição da República garante aos tribunais brasileiros competência para a organização e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos. (...) O encaminhamento da regência do sistema de execução criminal, de igual forma vai ao encontro do respaldo para a autonomia da política judiciária do Tribunal de Justiça de São Paulo*" (v. Procedimento de Controle Administrativo nº 1854-73.2011.2.00.0000, relator Conselheiro José Lúcio Munhoz, j. 9/09/2011).

"*A questão diz respeito à tutela de interesses locais conflitantes com questões de política administrativa da Corte de origem, (a qual) por tratar de questão ínsita ao autogoverno e à administração dos Tribunais, deve o Conselho Nacional de Justiça zelar pela autonomia do Poder Judiciário, nos termos precisos do art. 103-B, § 4°, inciso I, da CF/88*" (v. Pedido de Providências nº 32.754, relator Conselheiro Jorge Maurique).

Assim, o provimento atacado encontra-se em perfeita consonância com os preceitos legais e constitucionais, devendo ser mantido na ordem jurídica.

Posto isto, por meu voto, nego provimento ao recurso.

Apelações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045473-48.2005.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes RODRIGO GOUVEIA LIMEIRA e ELIAS LIMA DE PAULA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de

Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e, na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concederam *habeas corpus* de ofício, para julgar-se nulo o processo *ab initio*, diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal para a apuração do crime previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, em tese, cometido por ELIAS LIMA DE PAULA, RODRIGO GOUVEIA LIMEIRA e CONRADO RAMALHO DA SILVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 28 de março de 2014.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE. Conduta de obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituições financeiras que melhor se enquadra no delito previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) – e não estelionato –, cuja competência é da Justiça Federal. Precedentes do STJ. Concessão de *Habeas Corpus* de ofício, na forma do art. 654, § 2º, do CPP, para anular o processo *ab initio*, diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando-se a remessa dos autos à Corte competente.

VOTO

Trata-se de APELAÇÕES CRIMINAIS interpostas por ELIAS LIMA DE PAULA e RODRIGO GOUVEIA LIMEIRA contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Presidente Prudente, que os condenou às penas de 1 ano, 4 meses, 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 12 dias-multa, no piso, como incursos no art. 171, *caput*, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com apelo em liberdade (fls. 654/668).

Inconformados, pleiteiam absolvição, diante da fragilidade das provas (fls. 696/702 e 711/716).

Contrariados os recursos, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento de ambos (fls. 720/728 e 741/744).

É O RELATÓRIO.

Os Apelantes, agindo juntamente com Conrado Ramalho da Silva (cujos

Acesso ao Sumário

autos estão suspensos nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal – fls. 295/296) foram condenados singularmente pelos crimes de estelionato em continuidade delitiva, porque teriam obtido para si, mediante fraude (consistente na falsificação e uso de documento falsificado de David Bueno – laudo de fls. 122/124 e 529/531 – para induzirem em erro os funcionários dos respectivos bancos), dois financiamentos, um no valor de R$ 6.000 mil (fls. 543) e outro de R$ 7.907,53 reais (fls. 544), em prejuízo, respectivamente, de Banco PanAmericano e ABN-AMRO Bank – Aymoré Financiamentos.

Todavia, a obtenção, mediante fraude, de financiamento (e não empréstimo) em instituição financeira não caracteriza estelionato, mas sim o delito previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional):

"Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento".

E, a atribuição para a ação penal é da Justiça Federal, conforme expressamente previsto no art. 26 da referida Lei:

"Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal".

A este teor, confiram-se os julgados do C. STJ:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MEDIANTE FRAUDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Na esteira de julgados da Terceira Seção desta Corte, o tipo penal do art. 19 da Lei nº 7.492/86 exige que o financiamento tenha vinculação certa, distinguindo-se do empréstimo que possui destinação livre. 2. No caso, conforme apurado, o contrato celebrado mediante fraude envolvia valores com finalidade certa, qual seja, a aquisição de veículo automotor. A conduta em apreço, ao menos em tese, se subsume ao tipo previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, que, a teor do art. 26 do mencionado diploma, deverá ser processado perante a Justiça Federal. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitante" (CC 120412 – Data de publicação: 30/08/2013).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OBTENÇÃO FRAUDULENTA DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DELITO DE ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A obtenção fraudulenta de empréstimo junto a instituição financeira configura crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), e não crime contra o Sistema

Acesso ao Sumário

Financeiro Nacional, previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/1986, porquanto não se exige destinação específica dos recursos, diferente do que ocorre com o contrato de financiamento. Precedentes desta Corte. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Piracicaba/SP, o suscitado" (CC 120413/SP - Data de publicação: 15/08/2012).

Portanto, necessário se dar nova definição jurídica aos fatos, o que se faz com lastro no art. 383 do Código de Processo Penal e nos limites do art. 617 do mesmo Diploma Legal.

Com isso e diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgamento dos crimes em tese perpetrados pelos Apelantes, inclusive por Conrado Ramalho da Silva (cujos efeitos serão estendidos nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal), de rigor a declaração da nulidade do processo desde o oferecimento da denúncia, seja pela aludida causa ou, ainda, por ilegitimidade ativa ad causam do Apelado, de acordo com o art. 564, I e II, do Código de Processo Penal, com remessa à Justiça Federal, competente para a análise do crime perpetrado, nos termos do art. 26 da referida Lei Especial.

Diante do exposto, não se conhece do recurso e, na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concede-se "habeas corpus" de ofício, para julgar-se nulo o processo *ab initio*, diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal para a apuração do crime previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, em tese, cometido por ELIAS LIMA DE PAULA, RODRIGO GOUVEIA LIMEIRA e CONRADO RAMALHO DA SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013275-09.2012.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante JOABSON DINIZ DE CARVALHO, 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 25 de março de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Tentativa de estupro – Autoria e materialidade bem comprovados – Vítima que solicita à polícia a busca do réu e o incrimina de forma resoluta – Flagrante – Condenação mantida – Precedentes – Redução decorrente da tentativa bem fixada no patamar mínimo (1/3), dado o "iter criminis" percorrido – Pena aplicada que se mostra adequada – Recurso não provido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 213, "caput" c/c o art. 14, II, todos do Código Penal.

Posteriormente, foi a denúncia aditada para dar o crime como consumado (fls. 84/5 e 95).

A r. sentença é de procedência parcial, condenado o réu por estupro na forma tentada, imposta a pena de quatro (04) anos de reclusão, regime fechado.

Recorre somente o condenado, buscando a inversão do resultado ou, subsidiariamente, maior redução pelo *conatus*, por ser primário e de bons antecedentes.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 162/7).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Não merece acolhida o reclamo, pese o zelo da ilustre subscritora.

Consta dos autos que a vítima vinha caminhando pela via pública em direção à estação de trem da CPTM, quando foi surpreendida pelo réu, que, simulando portar arma de fogo, a segurou pelo braço e a conduziu até a garagem de uma residência, constrangendo-a a se despir e a deitar-se no chão, com o intuito de com ela manter conjunção carnal.

O delito só não se consumou porque a agredida conseguiu fugir, dando um empurrão no agressor, momento em que ambos já se encontravam com as calças abaixadas (fls. 03/4, 06/7 e 08/9).

Foi, então, preso em flagrante o acusado, após buscas no local (fls. 02/10 e 12/5).

Perante a autoridade policial, preferiu ele o silêncio (fl. 10).

No pretório, a prova administrativa foi plenamente roborada, discorrendo a ofendida, incisiva e coerentemente, sobre os fatos.

Asseverou ela, inclusive, que o réu, em verdade, chegou a lhe passar a mão e a obrigá-la a tocá-lo (fl.87), razão pela qual foi a denúncia aditada, para

Acesso ao Sumário

dar o crime como consumado (fls. 84/5 e 95).

Mas, por ter a vítima acrescentado o que não falara na fase inquisitiva, adveio a condenação pela modalidade tentada, conformada a acusação.

As testemunhas arroladas pela defesa, por seu turno, se limitaram ao caráter do ora apelante, noticiando a esposa do acusado que chegou a encontrar a vítima na delegacia, oportunidade em que ela afirmava a terceira pessoa que o réu "*não tinha tocado o dedo nela*" (fl. 113).

Nesse contexto, ficou isolada a negativa judicial do increpado no tocante à autoria, ocasião em que apresentou a versão de estar sendo injustamente acusado por ter desistido do "programa" proposto pela vítima (fls. 89/90).

Em crimes contra a honra a palavra do ofendido tem valor significativo, justamente porque cometidos, em regra, à sorrelfa.

E, sendo coerente o relato da vítima, a condenação se torna inafastável.

Nem se diga que a omissão da última no depoimento policial compromete suas declarações judiciais, pois, de imaginar-se sua delicada condição no momento da agressão, sem falar que possível, diante do volume de trabalho nas delegacias, que essa fala da ofendida tenha passado despercebida.

De todo modo, cumpre lembrar que, logo após o ocorrido, a vítima foi atrás da polícia, solicitando a busca do réu, o que acabou resultando na sua prisão.

Foi resoluta.

Além disso, é professora e se dirigia ao trabalho, mostrando-se, assim, impossível a versão do ora apelante.

A respeito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"(...) Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios (...)". (AgRg no AREsp 312577/RN, Quinta Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17.12.13);

No mesmo diapasão, precedentes desta Casa de Justiça:

"*Apelação – Estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) – Recurso defensivo – Absolvição pretendida – Insuficiência de provas – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Firmes e coerentes depoimentos prestados pela vítima e testemunhas – Validade – Palavra da vítima em crimes sexuais que se reveste de relevante valor probatório quando corroborada por outros elementos de prova – Ademais,* '*in casu*'*, o exame de corpo de delito é dispensável, eis que na maioria das vezes o crime em tela não deixa vestígios – Precedentes do STJ –*

Acesso ao Sumário

Condenação de rigor – Penas bem dosadas – Regime inicial fechado – Recurso improvido." (Apelação nº 0004631-75.2011.8.26.0624, 11ª Câmara de Direito Criminal, rel. Salles Abreu, j. 19.02.2014);

"*(...) Nos crimes contra a liberdade sexual, quase sempre praticado sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, máxime se corroborada por outros elementos de convicção contidos nos autos (...)*". (Apelação nº 0018580-71.2009.8.26.0161, 15ª Câmara de Direito Criminal, rel. J. Martins, j. 06.02.2014).

Quanto ao apenamento, verifica-se ter a douta magistrada partido do mínimo, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixada a pena-base em seis anos de reclusão.

Ao depois, praticou a redução de 1/3, pela tentativa.

E escorreita a mitigação no patamar mínimo, dado o "*iter criminis*" percorrido, realizados que foram, praticamente, todos os atos executórios do delito, que só não se consumou por ter a vítima logrado êxito na fuga.

Em suma: mantém-se o opimo édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004282-39.2010.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada LIDIANE ELIZEI BOLDRIN.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9103)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 27 de março de 2014.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Tráfico de entorpecentes em estabelecimento prisional – AFASTAMENTO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS –

Admissibilidade. Provas a indicar que a acusada se dedicava às atividades criminosas – AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA – Cabimento. Pena superior a 04 anos de reclusão (art. 44, I, do CP) – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 147/151 condenou **Lidiane Elizei Boldrin**, como incursa no art. 33, *caput*, c.c. os arts. 33, § 4º, e 40, inciso II, todos da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas de prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apela o Ministério Público postulando o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, caso assim não se entenda, a aplicação na fração mínima de 1/6. Por fim, pleiteia seja cassada a substituição da pena privativa de liberdade (fls. 159/175).

Contrariado o recurso (fls. 179/182), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do apelo (fls. 206/210).

É o relatório.

A apelada foi condenada porque, no dia 31 de julho de 2010, por volta das 11h30, na Penitenciária Joaquim de Sylos Cintra, localizada no município e comarca de Casa Branca, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, aproximadamente 148g de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Indubitáveis a materialidade e autoria delitiva, as quais restaram plenamente demonstradas nos autos, não havendo sequer insurgência por parte da defesa.

Em relação à pena, procede o pleito ministerial para que seja afastada a incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Alegou a acusada em seu interrogatório judicial que trabalha como doméstica, auferindo cerca de R$ 400,00 mensais. Usa maconha todo o dia, gastando quase R$ 200,00 por mês. Tentou entrar com a droga na penitenciária para poder usar com seu amásio Lucas, porque não queria que ele se endividasse na prisão. O restante da droga não consumida seria levado embora pela ré (fls. 114).

Não obstante a primariedade e ausência de antecedentes criminais, as provas indicam que a apelada se dedicava às atividades criminosas. Explica-se.

Acesso ao Sumário

A ré tentou ingressar na penitenciária com grande quantidade de maconha (148g) – se a intenção realmente fosse a de simplesmente fumar a droga com seu amásio, decerto que apenas 01 ou 02 cigarros seriam suficientes para tal propósito.

De se concluir, portanto, que a finalidade era a distribuição da maconha aos demais detentos, sobretudo, porque a apelada tinha plena consciência de que o entorpecente é uma importante moeda de troca na penitenciária, quando alegou que não queria que seu amásio contraísse dívidas de drogas.

Ademais, a própria acusada admitiu fumar maconha todos os dias, donde se infere que ela mantém constante contato com fornecedores de entorpecentes.

Por fim, é pouco provável que a ré conseguisse sobreviver com apenas R$ 200,00 mensais (pois, dos R$ 400,00 auferidos mensalmente, R$ 200,00 seriam gastos em drogas), sem que houvesse um rendimento extra advindo do comércio de substâncias ilícitas.

Por todos estes motivos, afasta-se a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Assim, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal e majorada em 1/6 pela causa de aumento por ter sido o delito praticado em estabelecimento prisional, a pena resulta, definitivamente, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

O regime fechado mostrou-se adequado à gravidade em concreto dos fatos. Cuida-se de crime que impulsiona a prática de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade como um câncer, de maneira que não se mostra recomendável regime diverso para a prevenção e repressão do delito, mormente no presente caso em que a acusada tentou ingressar com grande quantidade de maconha em estabelecimento prisional.

Por sua vez, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incabível, dado o *quantum* de pena imposto, superior a quatro anos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para, afastando o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, majorar a pena da acusada para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014819-

22.2010.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante WESLEY ROBERTO SANTANA IVO, 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: "acolheram a questão recepcionada como preliminar, para declarar nula a sentença monocrática, devendo o MM. Juiz se pronunciar acerca do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica do apelante Wesley Roberto Santana Ivo, requerido pela Defesa. Concederam liberdade provisória ao réu, devendo ser expedido alvará de soltura clausulado em favor do apelante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.912)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 3 de abril de 2014.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. TESES SUPLETIVAS DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE ELE SEJA SUBMETIDO A EXAME PERICIAL PARA CONSTATAÇÃO DE SUA DEPENDÊNCIA QUANTO A DROGAS, "PEDIDO ESTE NÃO APRECIADO PELO E. JUÍZO 'A QUO'" (FL. 162), VISANDO A DESCLASSIFICAÇÃO DA SUA CONDUTA, OU QUE SEJA A PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06.

CASO EM QUE A NULIDADE ARGUIDA FICA RECEPCIONADA COMO QUESTÃO PRELIMINAR, E ACOLHIDA, PARA DECLARAR-SE A NULIDADE DO ÉDITO MONOCRÁTICO, CONCEDENDO-SE AO APELANTE, EXCEPCIONALMENTE, A LIBERDADE PROVISÓRIA.

Questão preliminar acolhida, declarando-se a nulidade da sentença, com concessão de liberdade

Acesso ao Sumário

provisória.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Wesley Roberto Santana Ivo, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de um ano e oito meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 140/143).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, sob o argumento de que a prova produzida bem demonstrou que a droga apreendida se destinava ao próprio consumo do acusado, tal como assim referiu em seu interrogatório, frisando que os próprios policiais esclareceram que o local não era considerado como ponto de venda de tóxicos, bem como nunca o avistaram exercendo a narcotraficância, tudo a ensejar a sua absolvição. Supletivamente, requer a conversão do julgamento em diligência para que seja submetido a exame pericial para constatação de sua dependência de drogas, "pedido este não apreciado pelo E. Juízo 'a quo'" (fl. 162), visando a desclassificação da conduta, ou que seja a pena corporal substituída por restritiva de direitos (fls. 156/163).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que requer o seu desprovimento, alegando que a materialidade e a autoria foram comprovadas, destacando que o tipo penal incriminador não exige que seja o agente surpreendido a traficar, bem como sua eventual condição de usuário, também não exclui a de traficante. No mais, assevera que as penas e o regime prisional também não estão a merecer qualquer reparo (fls. 165/173).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra da doutora Maria Cristina Garreta Prats, se pronunciou pelo desprovimento do apelo e pela manutenção da r. sentença (fls. 177/185).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Recepciona-se como preliminar a questão invocada no primeiro parágrafo de fl. 162, nas razões de recurso, quanto à não manifestação do MM. Juiz acerca do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica, acolhendo-se a mesma, declarando-se nula a sentença de fls. 139 *usque* 143.

Isso porque, da leitura dos autos, se depreende que a Defensoria, já em sede de defesa preliminar, no quinto parágrafo de fl. 66, requereu a realização do referido exame, deixando o MM. Juiz de se manifestar quanto a tal pedido, conforme despacho de fls. 68/69, no qual apenas recebeu a denúncia na sua íntegra.

Após, em alegações finais, no último parágrafo de fl. 128, novamente a Defesa postulou pela realização do aludido exame, sobre o qual, novamente, nada mencionou o Magistrado, na sentença de fls. 140/143.

Acesso ao Sumário

Assim, sendo válida a instrução processual produzida até a apresentação dos memoriais pelas partes, fica anulado o édito monocrático, para que o Magistrado se pronuncie sobre a questão.

E para que não sofra qualquer prejuízo, em razão do longo tempo decorrido desde a data da prolação da sentença, até a da presente decisão, considerando-se o *quantum* de pena aflitiva fixada e a ausência de recurso ministerial, concede-se, excepcionalmente, a liberdade provisória ao apelante, para que aguarde solto o deslinde do processo.

Isto posto, acolhe-se a questão recepcionada como preliminar, para declarar-se nula a sentença de fls. 139/143, para que o MM. Juiz se pronuncie acerca do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica do apelante Wesley Roberto Santana Ivo, requerido pela Defesa, concedendo-se-lhe a liberdade provisória. **Deverá o MM. Juiz determinar a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do apelante.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000510-23.2009.8.26.0414, da Comarca de Palmeira D'Oeste, em que é apelante L.S.P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, deram parcial provimento ao recurso para, modificando a definição jurídica da condenação, readequar a sanção penal para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela acusação, por duas vezes e em concurso formal (artigo 70 do Código Penal), de crimes de atentado violento ao pudor (artigo 214, na forma do artigo 224, alínea 'a', ambos do Código Penal). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.102)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de atentado violento ao pudor. Preliminar de nulidade por aplicação indevida da Lei nº 12.015/09. Afastamento. Matéria afeta ao mérito. Absolvição por insuficiência de provas.

Acesso ao Sumário

Impossibilidade. Prova oral segura. Materialidade e autoria demonstradas. Hipótese de "novatio legis in pejus" verificada. Aplicação indevida da Lei nº 12.015/09. Readequação da sanção penal. Diminuição da pena-base. Impossibilidade. Circunstâncias do crime que justificam fixação acima do patamar mínimo. Modificação do regime para semiaberto ou aberto. Impossibilidade. Montante da pena e circunstâncias judiciais desfavoráveis. Concessão da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Provimento parcial ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.197), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls. 197/201 na qual foi condenado à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela acusação, por duas vezes e em concurso formal (artigo 70 do Código Penal), de crimes de estupro de vulnerável (artigo 217-A, "*caput*", do Código Penal), pretendendo, em preliminar, a nulidade do processo por aplicação indevida da Lei nº 12.015/09, e, no mérito: ***1.*** a absolvição por insuficiência de provas; ***2.*** desclassificação para o crime de ato obsceno (artigo 233 do Código Penal) ou para a contravenção prevista no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41; ***3.*** diminuição da pena-base; ***4.*** fixação da pena-base no mínimo legal cominado para o crime de atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal); ***5.*** modificação do regime para semiaberto ou aberto; ***6.*** substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos; *7*. não aplicação da Lei nº 8.072/90 (fls. 212/244).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público pelo seu não provimento (fls. 246/264).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 269/274vº).

É o relatório.

Afasta-se a preliminar arguida.

A aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09, ou o questionamento quanto à descriminalização da conduta prevista no artigo 214 do Código Penal, é matéria afeta ao mérito, e nesse tópico será analisada.

O recurso comporta provimento parcial.

A materialidade dos crimes ficou demonstrada por meio do boletim de ocorrência (fls. 04/05).

Acesso ao Sumário

A autoria é inconteste.

Esclareça-se que os fatos aqui tratados datam de fevereiro de 2009, sendo a denúncia oferecida em 27.05.2010 (fls. 109) e recebida em 31.05.2010 (fls. 110). A Lei nº 12.015/09, que alterou a redação do artigo 213 e revogou o artigo 224, dentre outros, do Código Penal, entrou em vigor a partir de 10.08.2009, não devendo ser aplicada neste caso em obediência ao princípio "*tempus regit actum*", não havendo a possibilidade, para este caso, de aplicação da retroatividade benéfica, como se verá.

Não se verifica também a hipótese de "*abolitio criminis*" dos artigos 214, "*caput*", e artigo 224, alínea "*a*", ambos do Código Penal.

A Lei nº 12.015/09 apenas trouxe nova definição jurídica aos crimes previstos nos mencionados artigos, integrando-os ao tipo penal previsto no artigo 213 do Código Penal, tratando-os, agora, como crime único, de conteúdo variado; porém, de forma alguma os expurgou de nosso ordenamento. Não se tratou, pois, da hipótese de descriminalização das condutas, tornando-as atípicas, mas de reorganização dentro do mesmo diploma penal, com a simples mudança do "*nomen juris*" dos crimes.

Passou-se, pois, a ter um tipo penal misto cumulativo e não alternativo como muitos equivocadamente pensam.

Assim, não obstante a nova definição jurídica do crime e as suas consequentes alterações jurídicas, certo é que a pena deve ser readequada, aplicando-se aquela prevista no antigo artigo 214 do Código Penal.

As provas são seguras e demonstram a existência material dos crimes e também apontam, de forma evidente, para a autoria.

O Réu negou os crimes, tanto na fase administrativa (fls. 25), quanto em Juízo (fls. 167), mas sua narrativa ficou totalmente isolada nos autos.

Em razões de Apelação, a Defesa se estendeu em conjecturas e teses, mas não mostrou a produção de qualquer ***prova*** que pudesse sustentar as suas alegações, ou infirmar a narrativa segura e harmônica das vítimas e das testemunhas.

A Defesa também não demonstrou a existência de alguma desavença ou qualquer outro fato preexistente que pudesse motivar a injusta acusação contra o Réu, pelas vítimas ou por L., genitora da vítima I.

As vítimas narraram com segurança – no inquérito e em Juízo (I. – fls. 10 e fls. 142/142vº; K. – fls. 11/12 e fls. 141) que sofreram abusos e, dentre as situações narradas, destaca-se que o Réu: ***1.*** mostrou o pênis por, no mínimo, duas vezes; ***2***. passou a mão sobre seus corpos (seios e nádegas); ***3.*** pediu para que mostrassem a vagina; ***4.*** tentou insistentemente passar a mão em suas vaginas; ***5***. deitou sobre I.; ***6.*** pediu que tocassem seu pênis e o beijassem; ***7.*** exibiu filme de conteúdo pornográfico.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do que entende a Defesa, ficou plenamente demonstrada a prática do ato libidinoso pelo Réu, elementar da figura típica prevista no artigo 214 do Código penal, pois é certo que sua conduta tinha como objetivo a satisfação da lascívia, especificamente porque: ***1.*** mostrou e solicitou que duas crianças tocassem seu pênis; ***2.*** passou as mãos sobre os seios e nádegas de duas crianças, permanecendo com elas dentro de um banheiro, enquanto estavam seminuas e se banhavam; ***3.*** deitou-se sobre uma criança; ***4.*** pediu para que duas crianças mostrassem a vagina, possivelmente tocando-as.

Ora, as odiosas condutas do Réu demonstram evidentemente que a conotação de seus toques e de suas sugestões eram de nítido caráter sexual, ou a Defesa entende que mostrar o pênis e solicitar que mostrassem a vagina, tocando os seios e as nádegas de crianças, tem algum objetivo didático ou recreativo?

O ato libidinoso é aquele que tem como objetivo a satisfação da lascívia do agente, e esse termo tem conteúdo abrangente por uma questão óbvia, embora não compreendida pela Defesa. Qualquer ato que demonstre conteúdo sexual e que tenha por finalidade a satisfação da lascívia do agente, de forma diversa da *immissio penis in vaginam*, encaixa-se nessa tipificação penal. A conduta do Réu extrapolou os limites da importunação ou do mero ato obsceno, seja porque sequer se pode cogitar de conduta praticada em local público – os fatos ocorreram dentro da residência do Réu a qual foi fechada durante a execução dos crimes –, seja porque seus atos foram graves, de ação positiva e eficazes, pois as consequências de suas investidas contra as vítimas ficaram provadas nos autos, especificamente por meio dos relatórios psicológicos produzidos (fls. 58/63).

Dessa forma, inviável a pretensão de desclassificação do crime nos moldes sugeridos.

Também não se alegue a falta de credibilidade nas palavras das vítimas em razão da tenra idade. As vítimas prestaram declarações de forma segura, harmônica e coerente, tanto perante a Autoridade Policial, quanto perante o Juiz de Direito. Além de vencerem sentimentos como vergonha e medo, não apresentaram divergências em suas afirmações, nenhum deslize, não levantando qualquer suspeita sobre eventual falsidade de suas afirmações.

A credibilidade da palavra da vítima em crimes como o ora analisado é entendimento ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão proferida no HC nº 135.972/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 28.06.2011:

> **"A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios".**

Em continuação à análise da prova oral, ressaltando-se a validade e a

Acesso ao Sumário

eficácia desses atos, todos em conformidade com o previsto no artigo 201 e seguintes do Código de Processo Penal (ao contrário do que sugeriu a Defesa a fls. 240), de rigor anotar que a testemunha L., mãe de I., foi quem encontrou as vítimas seminuas dentro do banheiro da casa do Réu. A testemunha narrou em Juízo (fls. 143/143vº) que: ***1.*** sua irmã Z. lhe contou que sua filha e K. estavam na casa do Réu; ***2.*** foi até o local, chamou pela filha e bateu na porta, mas não foi atendida; ***3.*** ouviu o barulho de chuveiro ligado e resolveu quebrar um vidro para entrar na residência; ***4.*** o Réu abriu a porta aparentemente assustado e com os cabelos molhados; ***5***. foi direto para o banheiro, a porta estava fechada – não trancada – e encontrou sua filha e a vítima K. sem parte das roupas; ***6.*** repreendeu as crianças e saiu do local; ***7***. na Delegacia de Polícia, soube dos fatos posteriormente narrados também por sua filha.

A presença do Réu dentro do banheiro onde estavam as vítimas, ficou provada pela inquirição da testemunha Z. (fls. 163), narrando em Juízo que: ***1.*** ouviu, pela janela *do banheiro da casa do Réu*, que as vítimas e o Réu aparentavam estar tomando banho juntos; ***2.*** ouviu uma das vítimas pedir para que o Réu parasse de jogar água.

Note-se que a narrativa judicial de Z. ratificou plenamente as afirmações que fez na fase administrativa (fls. 21), conferindo-lhe veracidade.

A inquirição judicial da testemunha S. (fls. 146) reforçou a dinâmica dos fatos e demonstrou claramente o caráter sexual da conduta do Réu, especialmente quando afirmou que: ***1.*** soube que sua filha estava trancada na casa do Réu; ***2.*** foi até o local com sua esposa (L.) e ficaram chamando por cerca de cinco minutos; ***3.*** depois de insistências, o Réu abriu a porta e, pelo volume em suas calças, *percebeu que estava com o pênis ereto*; ***4.*** sua esposa encontrou sua filha no banheiro.

Note-se também que a narrativa judicial de S. ratificou plenamente as afirmações que fez na fase administrativa (fls. 101), conferindo-lhe veracidade.

V., mãe de K., também foi inquirida na fase administrativa (fls. 06) e em Juízo (fls. 144), e sua narrativa foi harmônica e convergente com as demais provas orais, e também com os relatórios informativos, indicando que "*Conforme relato e atitude da menor, conclui-se que ela realmente sofreu atentado violento ao pudor*" (fls. 60 e fls. 63).

As testemunhas de Defesa nada de concreto puderam acrescentar aos autos porque não presenciaram os fatos e se limitaram a afirmar que o Réu é pessoa de boa índole (L. – fls. 164; D. – fls. 165; L. – fls. 166 e E. – fls. 167) – imagine se não fosse!

A prova de autoria é robusta e convincente, demonstrando que o Réu, com o intuito de satisfazer a sua lascívia, praticou atos de conotação sexual com duas vítimas menores de quatorze anos, consistentes: ***1.*** na exibição do pênis; ***2.***

Acesso ao Sumário

em toques pelo corpo; ***3.*** na solicitação de exibição da vagina; ***4.*** na solicitação de beijos e toque no pênis; ***5.*** em deitar-se sobre o corpo de uma das vítimas; ***6.*** em exibir filme de conteúdo pornográfico.

Esses atos tinham como objetivo a satisfação da lascívia do Réu conforme comprovou a prova oral, especialmente ao demonstrar que, no momento dos fatos, estava com o pênis ereto na presença das duas vítimas. Assim, individualizada a conduta do Réu, verifica-se com clareza que a condenação pelo crime de atentado violento ao pudor era medida de extremo rigor.

Comporta provimento a insurgência do Apelante quanto à aplicação indevida da Lei nº 12.015/09. Com efeito, os fatos ocorreram antes da sua entrada em vigor, e a sua aplicação resulta "*novatio legis in pejus*", pois, não obstante a já superada discussão acerca da aplicação do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 (circunstância que eventualmente seria aplicada como causa especial de aumento, em terceira etapa de quantificação da pena), certo é que a pena mínima prevista no artigo 217-A do Código Penal é de 08 (oito) anos e, portanto, maior do que aquela prevista para o artigo 214 do Código Penal, de seis anos.

Ressalte-se que, mesmo sendo reconhecida a hipótese de violência presumida (porque as vítimas eram menores de quatorze anos), a inovação legislativa impede, de qualquer forma, a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei nº 8.072/90, porque essa circunstância agora se encontra inserida em nova classificação jurídica, integrando o tipo penal previsto no artigo 217-A, inserido pela Lei nº 12.015/09.

Necessária, pois, a readequação da sanção penal.

Em primeira etapa de quantificação, mantêm-se os fundamentos utilizados pelo Juiz sentenciante para aumentar a pena-base, especialmente no tocante aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime ao entender que "*o réu serviu-se da confiança que os pais das vítimas lhe depositavam, na medida em que eles deixavam suas filhas ficar em sua casa, para praticar o crime em tela. Além disso, o réu não só praticou atos libidinosos com as ofendidas, como as fez assistir vídeos pornográficos, inclusive com cenas de zoofilia, o que torna sua conduta ainda mais gravosa*". Mantém-se também o patamar de aumento fixado, 1/3 (um terço), perfazendo 08 (oito) anos de reclusão.

Em segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

O concurso formal de crimes ficou claramente demonstrado, tanto que não foi objeto de insurgência específica pelo Apelante. Mantém-se, pois, a majoração de pena em 1/6 (um sexto), tornando-se a pena definitiva em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Mantém-se o regime prisional inicial fechado para início de cumprimento de pena em razão do disposto na alínea "*a*" do § 2º, c/c § 3º, todos do artigo 33 do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Impossível a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos pela quantidade da pena aplicada.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso para, modificando a definição jurídica da condenação, readequar a sanção penal para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela acusação, por duas vezes e em concurso formal (artigo 70 do Código Penal), de crimes de atentado violento ao pudor (artigo 214, na forma do artigo 224, alínea "*a*", ambos do Código Penal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0746815-88.2007.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDMUNDO SILVA BARBOSA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo ministerial, mantendo-se 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 6082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 11 de abril de 2014.

AGUINALDO DE FREITAS FILHO, Relator

Ementa: CRIME CONTRA MEIO AMBIENTE – Absolvição – Apelo ministerial – Condenação – Impossibilidade – Atipicidade da conduta por erro de proibição – Negado provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Conforme informações contidas na denúncia, na manhã de 12 de outubro de 2006, na rua XV de Novembro, 255, fazenda Gaia, distrito de São Francisco Xavier, na comarca de São José dos Campos, EDMUNDO SILVA BARBOSA cometeu degradação ecológica em área de preservação permanente (Unidade de Conservação – APA da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul), após ter dado ensejo a intervenção artificial em área de 0,01 ha, na construção de uma

moradia tudo isso sem autorização e/ou licença do órgão ambiental competente, às margens de curso d'água, consoante BO de fls. 03/04 e TC ambiental de fls. 06/11.

Em sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, o recorrido foi absolvido da acusação, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 261/263).

Inconformada, apela a acusação pleiteando, em síntese, a condenação do acusado nos termos da peça inicial (fls. 269/280).

Bem processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões (fls. 286/294), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu desprovimento.

É o relatório.

O apelo da acusação é inatendível.

Depreende-se da peça inicial que, nas circunstâncias de tempo e lugar ali descritas, policiais ambientais foram ao local dos fatos para verificar "notitia criminis" sobre corte de vegetação nativa e edificação de uma casa em área de preservação ambiental, sem prévio licenciamento do DEPRN. O fato restou positivado e, em razão disso, deu-se a autuação na pessoa do funcionário do acusado, Luís Fernando dos Santos. A perícia técnica constatou que a área atingida é unidade de conservação, inserida em APA (Lei 11.262/02) e integrante da bacia Hidrográfica do Paraíba do Sul, encontrando-se em APP (artigo 2º, "a", I, da Lei 4.771/65), consoante laudo fotográfico de fls. 09/14 e apenso. Desse modo, ele deu ensejo a severa intervenção artificial na área preservada pelo Decreto Federal 87.561/92, fazendo-o sem prévio licenciamento junto ao DEPRN. O acusado, no curso do inquérito assumiu a responsabilidade exclusiva pelo ocorrido e firmou termo de recuperação da área atingida.

A materialidade do delito restou comprovada diante do boletim de ocorrência de fls. 03/04, pelas fotografias de fls. 10, pelos laudos de fls. 41/46, com fotografias de fls. 11/15, do apenso, bem como das demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Acesso ao Sumário

A autoria do delito também é inconteste.

O réu admitiu que autorizou a limpeza da área e construção da moradia, pois sabia tratar-se de uma vala artificial. Porém, depois que os policiais estiveram em sua fazenda, procurou pela Secretaria do Meio Ambiente para que pudesse providenciar a reparação mais adequada, sendo que assinou o termo de compromisso de recuperação ambiental e prontamente cumpriu a obrigação (fls. 208).

Os policiais Pedro Gonçalves de Andrade e Jessé Freire de Brito, ouvidos em juízo às fls. 184/187 e 188/194, respectivamente, contaram que, em diligência, avistaram uma construção e um curso d'água, o qual se verificou, posteriormente, ser um desvio artificial. Ainda o segundo esclareceu que o réu

coopera para diligências da polícia ambiental, fazendo trabalhos na fazenda com pessoas com câncer, promove programa de educação ambiental para menores e adolescentes, com o fim de conscientizar as pessoas do valor do meio ambiente, sendo que na fazenda há uma quantidade significativa de mata nativa.

A testemunha Luís Fernando dos Santos alegou que trabalhava na fazenda como caseiro à época dos fatos, sendo que houve a edificação de dois cômodos próximos a uma vala artificial. Durante a limpeza da área não foi derrubada nenhuma árvore e a vala era sempre reparada. Ainda disse saber que o réu firmou compromisso com a autoridade ambiental para recobrir o córrego, mandando plantar mudas de plantas nativas, e pedindo para a construção ser demolida, retirando-se o entulho do lugar (fls. 195/201).

Por fim, foi ouvida a testemunha do juízo, o engenheiro agrônomo Luiz Alberto Paiva Cardozo de Mello. Este narrou que o auto não foi um auto de infração. A diligência da polícia foi por conta de uma intervenção em área de preservação permanente e depois, quando iniciaram o processo de reparação do dano no órgão ambiental, o pessoal descobriu que se tratava de vala artificial, desclassificando a questão da APP. Disse que, em relação ao projeto de preservação ambiental já foram implantadas todas as medidas que o "ARN" sugeriu. Foi derrubado o pedaço da casa que estava sendo ampliado, foi feita a plantação de espécies nativas e o próprio órgão pediu que a vala fosse fechada e esse serviço também foi iniciado. Afirmou que a vala era antiga, que já existia na propriedade não tendo sido feita pelo réu, bem como que a área de construção não passava de 20 m², sendo que não houve derrubada de mato na hora que foi feita a limpeza para construir o cômodo (fls. 202/207).

Verifica-se, assim, que no caso em tela, é correta a decisão ora recorrida, não sendo caso de condenação, uma vez que o réu incidiu no chamado erro de proibição, pois realizou construção em área de proteção ambiental sem saber desta condição do local, inexistindo dolo de sua parte, sendo claro o fato de que não tinha a intenção de exploração da área.

Como bem mencionado pelo d. Procurador de Justiça, não se discute a importância e a necessidade de preservação do meio ambiente, porém, trata-se de uma área degradada há muito tempo, onde já existia uma casa, antes mesmo da propriedade ser adquirida pelo réu, sendo que este somente realizou uma ampliação consistente na construção de um cômodo de aproximadamente 16 a 20 m², não tendo sido necessária a derrubada de mato ou árvores no local, onde ocorreu somente uma limpeza.

Desta feita, o M.M. Juiz "a quo" mencionou de forma correta o princípio da insignificância, conforme jurisprudência:

> ***Ementa:*** *"Apelação – Crime ambiental – Art. 40 da Lei nº 9.605/98 – Recurso defensivo – Absolvição pretendida – Procedência – Denúncia*

Acesso ao Sumário

que atribui ao réu dano indireto a Unidade de Conservação em que tem instalado um camping – Área externa de edificação ampliada em aproximadamente 40m² – Terreno situado ao lado de um banheiro, local de intenso desgaste, terreno de aparente terra batida onde não há sinais de vegetação de restinga no entorno ou sinais de que esteja em processo regenerativo – O tipo penal do art. 40 da Lei nº 9.605/98, inserido na Seção dos Crimes contra a Flora, exige prova da ocorrência de dano efetivo à Unidade de Conservação, de modo que seja patente a violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal – Construção que, embora sem licença, não causou dano ao Parque Estadual Serra do Mar, constatação que se evidencia pela diminuta extensão de área construída e pelas características específicas do local – O mero fato de a construção ter sido empreendida sem autorização do órgão competente não configura, por si, o ilícito penal do art. 40 da Lei de Crimes Ambientais, que exige prova do dano – Ausência de materialidade delitiva – Ademais, mesmo para posicionamentos mais radicais quanto à ocorrência do dano, a conduta é insignificante, não apresenta relevância para o Direito Penal, a ultima ratio *– Ato ilícito que se exaure na esfera do âmbito civil e administrativo – Réu absolvido com fulcro no art. 386, inc. III, do CPP. Recurso provido.*" *(*TJSP, Apelação nº 0004138-83.2007.8.26.0642, 4ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Salles Abreu, julgado em: 07/02/2012).

Ademais, a conduta do réu em reparar qualquer dano causado de forma imediata, cumprindo todas as exigências dos projetos de recuperação, mostra sua boa-fé e comprova a sua ignorância quanto a situação da área em questão (APA).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo ministerial, mantendo-se a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0068255-53.2008.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante MÁRCIA CRISTINA 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 PROVIMENTO ao recurso para absolver a apelante Márcia Cristina dos Santos do delito previsto no artigo 229 do Código Penal, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

LAURO MENS DE MELLO, Relator

Ementa: CASA DE PROSTITUIÇÃO – comprovado pela prova oral que massagistas trabalhavam por comissão, auferindo o estabelecimento parcela do preço da massagem, trabalhando de forma consensual – ausência de prova de dissenso ou de exploração sexual – atipicidade da conduta – absolvição de rigor – provimento para este fim.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1], proferida pela Drª. Maria Letícia Pozzi Buassi[2], que ora se adota, acrescenta-se que a apelante foi condenada como incursa no artigo 229, *caput*, do Código Penal[3], à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa.

A ré apelou[4] pedindo absolvição por falta de provas.

Apresentadas contrarrazões[5].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[6] pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

A apelante[7] é proprietária da empresa de massagem MCS e afirmou que a casa somente fornecia serviço de massagem para homens e mulheres, não envolvendo programas sexuais. A casa não possuía camas, apenas divãs. As funcionárias usavam calça e camiseta.

A corré **Maria Ivone**, proprietária da empresa Star[8] também negou prestar serviços sexuais em seu estabelecimento.

A testemunha Diana[9] afirmou ser massagista na Casa de Massagem Star, pertencente à **Maria Ivone**. Fazia massagem relaxante. Os clientes, na

1 Folhas 295a.

2 4ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto.

3 Fato ocorrido no mês de maio de 2008.

4 Folhas 308.

5 Folhas 317.

6 Folhas 327.

7 Folhas 265.

8 Folhas 267.

9 Folhas 187.

Acesso ao Sumário

maioria homens, ficavam de cueca, com uma toalha por cima. Sempre trabalhou vestida. Desconhece a ocorrência de programas sexuais no local. Luciana[10] também trabalhou por algum tempo na Casa de Massagem Star. Em depoimento extremamente vacilante afirmou que algumas massagistas se vestiam com saias curtas e extremamente maquiadas, mas não todas. Confirmou que do dinheiro das massagens, parte ficava com a casa e parte com as massagistas. Samera[11] também trabalhou na mesma casa de massagem, mas negou ter praticado programas sexuais no local, alegando desconhecer o cartão de propaganda da empresa juntado aos autos[12]. Alessandra[13] é amiga da corré **Maria Ivone** e desconhecia programas sexuais no centro de estética da amiga.

Quanto à casa de massagem mantida pela apelante **Marcia Cristina**, Tatiana[14] trabalhou no local por um mês fazendo massagem relaxante. Afirmou que eram três salas de massagem com maca e ventilador. Não faziam programas sexuais no local. Nunca colocou anúncio no jornal e nem possuía cartão, pois estava há pouco tempo na casa. As massagistas usavam nomes fictícios para proteger a privacidade. O seu era Taís e o de Cristiane era Gabi.

A testemunha Elisângela complementou[15] que os clientes chegavam ao orgasmo porque elas masturbavam os clientes. Porém não eram permitidos programas sexuais no estabelecimento. Caso quisessem as massagistas poderiam dar cartão e combinar com o cliente em outro lugar. Nunca viu nenhuma mulher indo ao local fazer massagem. Fazia programas fora do local. Usava nome fictício de Joice. Nem todas as massagistas faziam programas, mas as que faziam adotavam nome fictício.

Cristiane[16] que usava o nome de Gabriela, também só fazia masturbação, mas não fazia outros programas, nem mesmo sexo oral nos clientes. Os clientes geralmente ficavam nus, mas as massagistas vestidas. Nunca viu cliente mulher no local.

A vizinha da apelante **Marcia Cristina**, Elza[17], disse que sabia que no local funcionava uma casa de massagens e que o movimento maior do local era à noite e os clientes eram na maioria homens. Sabe que havia divãs no local. Sabia que a ré tinha massagistas mulheres. Desconhece se havia também homens massagistas. Não soube dizer se era possível acontecer programas sexuais no local.

Assim vista a prova, constatou-se que as jovens trabalhavam por

Acesso ao Sumário

10 Folhas 250.
11 Folhas 260.
12 Folhas 50.
13 Folhas 263.
14 Folhas 189.
15 Folhas 196.
16 Folhas 205.
17 Folhas 262.

comissão e eram orientadas a, ao fazerem massagem, masturbarem os clientes (já incluído, ao que tudo indica, no preço da massagem). A prática dava-se de forma consensual entre a dona da casa de massagem e as massagistas.

Em razão da alteração feita pela Lei nº 12.015/09, não há que se falar em manutenção da condenação por prática do delito de casa de prostituição. Observe-se que com a alteração trazida pela lei foi excluída da redação do artigo 229 do Código Penal, a expressão "casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos", sendo substituída pela expressão "estabelecimentos em que ocorra exploração sexual".

Antes da alteração o crime se consumava pelo simples fato de manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos. Agora, contudo, para o fato ser típico é necessário que no local ocorra exploração sexual, ou seja, que a prática não tenha o consenso ou ocorra com prejuízo, no caso dos autos, das massagistas.

Neste sentido é a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI [18]: "*Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), nada mais natural do que garantir a satisfação dos desejos sexuais do ser humano de forma digna e respeitada, com liberdade de escolha, porém, vedando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça*".

No mesmo sentido, o ensinamento de CELSO DELMANTO[19]: "*Com a nova redação do art. 229 do CP exige-se para a sua configuração, efetiva exploração sexual da pessoa, o que não ocorria na sua anterior redação: 'manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente'. Na opinião de Luiza Nagib Eluf ('Casa de prostituição',* in *Folha de S. Paulo, edição de 1.10.2009, 'Tendências e Debates'), 'a Lei nº 12.015/2009 corrigiu uma distorção decorrente de tabus e preconceitos do começo do século passado e passou a considerar crime apenas 'estabelecimento em que ocorra exploração sexual', o que foi um grande acerto. Crime é manter pessoa em condição de explorada, sacrificada, obrigada a fazer o que não quer. Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra a vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. A prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra criança. O resto não merece a atenção do Direito Penal. A profissional do sexo, por opção própria, maior de 18 anos, deve ser deixada em paz, regulamentando-se a atividade.'...*".

Havendo consenso das massagistas, o caso em análise não se trata de ato de exploração sexual. Todas as meninas ouvidas confirmaram que a ré ensinava e orientava a massagem e que eram contratadas por comissão, sendo que parte

Acesso ao Sumário

18 Código Penal Comentado – 11ª edição – São Paulo: RT – 2012 – p. 938.
19 Código Penal Comentado – São Paulo: Saraiva – pág. 716.

do valor da massagem pertencia a casa, e realizavam atos eróticos por sua própria vontade, o que afastou a exploração sexual.

Deste modo, por ter se tornado fato atípico, a absolvição se faz necessária.

Importante ressaltar que os fatos descritos nos autos são prévios à Lei nº 12.015/09, entretanto, como a norma é mais benéfica, ela é dotada de efeito retroativo benéfico, verdadeira *novatio legis in mellius.*

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para absolver a apelante Márcia Cristina dos Santos do delito previsto no artigo 229 do Código Penal, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001997-81.2010.8.26.0094, da Comarca de Brodowski, em que são apelantes F.G.C. e A.P.S., 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: "Deram provimento às apelações para, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver F.G.C. e A.P.S. dos delitos capitulados na denúncia, expedindo-se alvarás de soltura clausulados, se por outro motivo não estiverem presos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SAN JUAN FRANÇA (Presidente sem voto), CARDOSO PERPÉTUO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Art. 217-A do CP – Absolvição por insuficiência de provas – Possibilidade – Depoimentos contraditórios de vítima de 15 anos deficiente mental – Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 336/356), acrescenta-se que o acusado F.G.C. foi condenado à pena de 15 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e à pena de 03 anos, 10 meses e 20 dias de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 18 dias-multa; e que o acusado A.P.S. foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e à

pena de 03 anos de detenção, em regime aberto, e pagamento de 15 dias-multa, ambos por incursos nos artigos 217-A, § 1º, c.c. o 225, parágrafo único, do Código Penal, e no artigo 243 da Lei nº 8.069/90, sem direito de recorrerem em liberdade.

Inconformados, eles apelaram para reclamar a absolvição por insuficiência de provas, postulando, subsidiariamente, a redução das penas (fls. 404/410 – F., e fls. 431/438 – A.).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 449/461), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo parcial provimento dos recursos (fls. 463/469).

É o relatório.

A imputação é a de que em data incerta, mas anterior a 18 de maio de 2010, e também nesse dia, os acusados forneceram substâncias entorpecentes e praticaram atos libidinosos contra a vítima M.K., deficiente mental de 15 anos de idade.

Restou apurado que a ofendida saiu sozinha de uma unidade da APAE e deslocou-se até a feira do abacaxi, onde um homem a convidou para ir até o hospital psiquiátrico abandonado, no interior do qual a menina passou a noite e os fatos supostamente aconteceram.

Na manhã seguinte, o conselho tutelar recebeu um telefonema anônimo indicando o paradeiro da adolescente, momento que a polícia militar foi acionada para retirar a menina do citado endereço, frequentado por moradores de rua e drogados.

Os réus não aceitaram a acusação. F. relatou desconhecer o corréu, mas admitiu que estava no hospital psiquiátrico abandonado e disse ter visto a ofendida que entrou e saiu daquele local durante a noite (fls. 12 e 299 – CD). A., por sua vez, asseverou nunca ter visto F. e a vítima, alegando que havia chegado à cidade três dias antes de ser preso (fls. 24 e 299 – CD).

As negativas de autoria, embora singelas, não restaram superadas com a segurança que a lei exige para fundamentar uma condenação.

No distrito policial, na presença de sua genitora, M.K. contou que foi beijada por dois indivíduos que também lhe forneceram entorpecentes e acariciaram e chuparam os seus seios. Descreveu seus molestadores da forma como segue: um deles era branco, alto, com cabelos claros e usava um colar preto e marrom, e o outro era mais velho, branco e usava bigode (fl. 07).

Perante o contraditório, em depoimento confuso, no qual a vítima apenas balançava a cabeça para responder sim ou não às perguntas que lhe eram endereçadas, M.K. se limitou a dizer que um dos acusados era alto e o outro mais "baixinho", que ambos eram brancos e que nenhum deles colocou a boca em seus seios (fls. 236/249). Reportou ainda que um deles tinha barba ou bigode mencionando o nome de terceiro identificado somente como "F." (fl. 244), mas

Acesso ao Sumário

achava que não era ele um dos responsáveis pelos fatos narrados na denúncia.

De início, ocorre que os réus possuem cabelos escuros, têm altura próxima (não são baixos), e possuem praticamente a mesma idade (um nascido em 1978 e o outro em 1981), conforme se observa a fls. 14 e 26 e no vídeo gravado em CD – fl. 299, circunstâncias que não se encaixam na descrição fornecida pela vítima e corroborada pela conselheira tutelar, a quem supostamente M.K. teria contado a violência sofrida (fls. 42 e 227/234).

L.M.F.C., a conselheira tutelar que assistiu a ofendida, asseverou que a vítima lhe teria dito que um dos homens que praticaram atos libidinosos era "muito alto" (fl. 229), para depois esclarecer que ouviu a história da genitora da vítima (fl. 232).

S.M.R., por sua vez, disse que nada ouviu de sua filha, asseverando que a menina somente falou com a conselheira tutelar e com os policiais (fl. 200).

O policial militar que atendeu ao chamado do conselho tutelar informou que se deslocou até o hospital psiquiátrico abandonado e lá visualizou a vítima próxima de F.. Perguntou-lhe se alguém havia feito alguma coisa a ela, que respondeu negativamente. Levou-a, então, para o distrito policial. Acrescentou o agente da lei que, ao tomar conhecimento da violência sexual sofrida pela adolescente, retornou ao local dos fatos, mas não localizou ninguém com a descrição dada por M.K. (fls. 20/21) O próprio miliciano esclareceu que F. foi preso dias depois, acusado de ter estuprado uma mulher, ocasião em que teria sido reconhecido por M.K. (fl. 269/270).

A sentença se referiu ao laudo pericial da psicóloga que atendeu M.K., a qual se manifestou no sentido de que a vítima, embora retardada mental, não inventou a violência sofrida, mas não deu sinais claros de quem seriam os autores do delito. A perita, que realizou o exame clínico quase um ano depois dos fatos (fl. 55) reportou que a adolescente mencionou ter visto o "pipi" de um dos algozes (fl. 59). A própria vítima, no entanto, sempre que ouvida, negou enfaticamente tal circunstância (fl. 07 e 248/249).

Outra testemunha, psicóloga de unidade especial (APAE) frequentada por M.K., indagada se a adolescente era dada a mentir ou fantasiar as coisas, mencionou que, em determinada época, a menina assegurava que tomava as medicações prescritas, mas ela jogava fora os remédios (fl. 245).

Logo, não só pelos indecisos depoimentos da vítima, que fugia de casa com frequência (fl. 206), tendo residido, inclusive, com outro rapaz (fl. 201), mas também pela descrição dos molestadores, que não se encaixam perfeitamente com as características físicas dos acusados (uma tatuagem na perna, tardiamente mencionada é bom que se diga – fls. 04, 07 e 244, é absolutamente comum nos dias atuais), a solução que se impõe é o *non liquet*.

Pelo meu voto, estou dando provimento às apelações para, com fulcro

no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver F.G.C. e A.P.S. dos delitos capitulados na denúncia, expedindo-se alvarás de soltura clausulados, se por outro motivo não estiverem presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024970-74.2012.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante/apelado J.L.D., é apelado/apelante 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 "Negaram provimento ao recurso defensivo, com acolhimento do ministerial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 29.538)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 217-A, *CAPUT*, C.C. § 1º; ART. 61, INCISO II, ALÍNEA "F"; ART. 226, INCISO II, E ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS E COM PROBLEMAS MENTAIS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. PLEITO MINISTERIAL PARA MAJORAÇÃO DA PENA – ACOLHIDO. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO, COM ACOLHIMENTO DO MINISTERIAL PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, APLICAR A FRAÇÃO DE 2/3 PELA CONTINUIDADE DELITIVA, MOTIVO PELO QUAL A REPRIMENDA DEFINITIVA PASSOU A SER DE 23 (VINTE E TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, MANTIDA, NO MAIS, A R. SENTENÇA TAMBÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 157/164, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. ALEXANDRE BETINI, acrescento que J.L.D. foi condenado como incurso no art. 217-A, *caput*, c.c. § 1º; art. 61, inciso II, alínea "f"; art. 226, inciso II, e art. 71, todos do Código Penal, à pena de 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformadas, apelam as partes.

O digno membro do *Parquet* requer a aplicação da fração de 2/3 pela continuidade delitiva (fls. 170/174).

A nobre Defesa busca a absolvição do réu por insuficiência probatória (fls. 191/193).

Processados regularmente os recursos, com contrarrazões (fls. 194/196 e 199/201) sustentando a r. sentença, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

A D. Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do apelo defensivo, com acolhimento do Ministerial (fls. 211/215).

É o relatório.

Consta da denúncia que em dia, hora e local, nela indicados, J.L.D. constrangeu sua enteada, *A.C.M.P.*, menor com treze anos de idade e alienada mental, a praticar conjunção carnal, além de outros atos libidinosos.

Segundo o apurado, a vítima apresentava comportamento calmo até o começo do ano de 2012. Após esta data, a genitora da menina observou brusca mudança em sua conduta, como: péssimo rendimento escolar, desobediência, repulsa aos carinhos da mãe, bem como chegou a esconder os remédios que tomava e passou a procurar esmalte e maquiagem.

Em virtude do trabalho, a genitora da vítima a deixava sob os cuidados do padrasto, principalmente nos dias em que ela desenvolvia atividade esportiva de natação.

Neste contexto, no dia 31/10/2012, S. acordou no meio da noite e estranhou o silêncio da residência, motivo pelo qual se dirigiu à cozinha. Ao passar pelo corredor, ela percebeu respingos de água em direção ao quarto da filha, oportunidade em que entrou no referido cômodo e flagrou o seu marido com as calças abaixadas e forçando a penetração do pênis na vagina de *A.C.*, que se encontrava nua e ainda encharcada do banho. Imediatamente, a genitora da ofendida gritou e correu para chamar a polícia. J. a seguiu e pediu que ela não o mandasse para cadeia, caso contrário, se mataria.

Acesso ao Sumário

Com a chegada da polícia, ele confessou a prática do crime e falou: "*só ocorreu nesta data*".

No entanto, conforme relatou a vítima aos milicianos e à genitora, os fatos

em tela foram promovidos de modo reiterado, desde o começo do ano. Naquela data, J. entrou no quarto onde estava a vítima, levantou suas pernas e penetrou o pênis em sua vagina. A adolescente afirmou que tais fatos já ocorreram outras vezes, especialmente quando fazia natação (fls. 01-d/04-d).

Pois bem.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02), Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 14/17) e Laudo de Exame de Corpo de Delito – Conjunção Carnal (fls. 70 e 106), tudo em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Pois bem.

J.L.D. permaneceu em silêncio (fls. 12).

Aqui, mister consignar que o silêncio é uma garantia constitucional. Todavia, embora interpretá-lo, pura e simplesmente, de forma desfavorável àquele que alega inocência seja defeso, referida exegese passa a ser até mesmo intuitiva quando as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos indiquem que agiu da forma ilícita que lhe está sendo imputada. Afinal, a defesa do cidadão envolvido ilegal ou injustamente num flagrante é imediata, instintiva. Quem, nessa condição, não bradaria sua inocência desde a primeira oportunidade em que ouvido?! Entretanto, em razão da proibição acima mencionada, isso de rigor não vale como prova contra eles, de forma que deve ser analisado todo o conjunto probatório para que se demonstre sua eventual responsabilidade.

Destaco o posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, a saber:

> *PROVA – INTERROGATÓRIO POLICIAL – SILÊNCIO DO ACUSADO – VALOR: Muito embora o silêncio do interrogado seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém preso e acusado de delito grave mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional.* (Apelação nº 1.054.543/8, Julgado em 15/05/97, 7ª Câmara, Relator: JOSÉ HABICE, *RJTACrim* 36/325)

Em Juízo, negou a prática dos fatos. Disse que ele e sua mulher brigavam muito. No dia do ocorrido, falou que entrou no quarto da vítima, como de costume, e ela estava nua deitada na cama. Ao sair do cômodo, a mãe da vítima estava atrás dele e o acusou. Logo em seguida, foi preso. Algumas vezes levou a menina para a natação. Negou ter confessado os fatos para os policiais (fls. 137).

Entretanto, a negativa do apelante, em Juízo, não encontra respaldo nos autos; ao contrário, colide frontalmente com o conjunto probatório.

A.C.M.P. disse que tinha ido tomar banho e se esqueceu de pegar a roupa, quando, então, se dirigiu ao seu quarto e lá estava J. e aí "aconteceu". Falou que o mesmo fato já tinha ocorrido outras vezes (fls. 11).

Em Juízo, disse que o seu padrasto era chato e "mexia" com ela. Falou que ele pediu para ela tirar a roupa e, de vez em quando, colocava o pênis nela.

Acesso ao Sumário

Contou que ele fazia isso quando a buscava na natação. Ele dizia que não era para ela contar a ninguém. Acrescentou que J. a beijava. Respondeu que nunca teve namorado (fls. 131).

A jurisprudência é tranquila em valorizar a palavra da ofendida em crimes como o que se cuida, praticado quase sempre às escondidas. Neste sentido:

> *HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. 1. A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada. 2. Ordem denegada.* (*HC* nº 9.289/SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 18.10.1999, DJ 16.11.1999, p. 230)

Por oportuno, destaco o entendimento do E. Des. SOUZA NERY na Apelação nº 0005360-54.2009.8.26.0533:

> *Na valoração da prova, tenho que as declarações seguras e inequívocas da vítima, máxime por encontrarem respaldo na prova, devem preponderar sobre a negativa do sentenciado, restando caracterizado, estreme de dúvidas, o delito a ele imputado.*
>
> *(...)*
>
> *Não restando produzida por imaginação fértil ou doentia, há de ser crida a palavra da ofendida, mesmo porque não se denota, in casu, qualquer indício que conduza à conclusão de ter agido por vingança, coadunando-se plenamente a versão emprestada aos fatos por sua genitora.*

Mas não é só.

S.A.M.D., mãe da menor, disse que está casada com o autor dos fatos há quatro anos e que sua filha, de outro casamento, mora com eles. Contou que a menor possui dificuldades de aprendizado e de entendimento, pois sofreu uma paralisia durante o parto, além de ser epilética e fazer uso de medicação controlada. Afirmou que ela tinha um comportamento pacato e que notou uma mudança em seu modo de agir desde o início do ano. Deixava sua filha com o padrasto, principalmente nos dias em que *A.C.* frequentava natação. Certo dia, contou que acordou no meio da noite e foi até a cozinha, quando viu um rastro de água que dava no quarto de sua filha. Quando adentrou no cômodo, avistou o seu marido com as calças arriadas e com o pênis nas mãos forçando a penetração na vagina da menor, que estava nua e evidentemente ensopada, como se tivesse acabado de sair do banho. Imediatamente, chamou a polícia. Nesse momento, J. disse a ela que preferia se matar. Com a chegada dos milicianos, ele confessou o ocorrido. Ao questionar sua filha, ela disse que isso já tinha acontecido muitas vezes. Durante o exame médico, foi constatado hematoma na região genital, lesão provocada no dia do ocorrido. Acrescentou que sua filha nunca saiu

Acesso ao Sumário

sozinha de casa e não há outra pessoa que possa ter sido responsável pela perda de sua virgindade (fls. 08/10).

Perante o Juiz, confirmou exatamente o que foi dito na Delegacia. Ratificou que não acredita que outra pessoa tenha "tirado" a virgindade de sua filha, pois ela não "andava" sozinha (fls. 130).

M.R.S., psicóloga, disse que se recorda do atendimento que realizou no caso e contou que, nos primeiros atendimentos, *A.C.* se referia ao ocorrido com muito medo e nojo. Ela dizia que o réu passava a mão nela. Percebeu certa dificuldade da vítima ao se expressar, devido ao seu quadro de paralisia cerebral e grau mínimo de autismo. Falou que é claro o quadro de abuso. Contou que a menor fazia brincadeiras infantis com seus primos. Nenhuma sexualidade aflorada foi detectada (fls. 134).

M.R.O., ginecologista, contou que, ao realizar exames ginecológicos na menor, percebeu que ela não era mais virgem. Falou que a vítima é muito fechada e não contou nada a ela (fls. 135).

C.C.B.S., diretora da escola, falou que a ofendida era uma aluna especial, pois possui uma idade mental de 10 anos. No começo do ano de 2012, *A.C.* apresentou alguns problemas de esquecimento. Acrescentou que a menina não é mentirosa (fls. 136).

Na Delegacia e em Juízo, P.S.S., policial militar, disse que, no dia do ocorrido, trabalhava com o seu colega de trabalho D., quando foram acionados, via COPOM, para se dirigirem ao local dos fatos, onde havia notícia de possível estupro. Ao chegarem, perceberam que S. estava muito nervosa e ela contou a eles que tinha entrado no quarto de sua filha e viu o seu marido nu mantendo conjunção carnal com ela. J. estava muito agitado, mas confessou a prática do crime e disse que mantinha relações sexuais com a adolescente. Ademais, a menor sofre de deficiência mental, além de epilepsia, bem como faz uso de medicamentos controlados. A vítima confirmou o ocorrido e acrescentou que tal fato já tinha acontecido outras vezes (fls. 03/04 e 133).

D.A.D., também policial militar, confirmou o que foi dito por P. (fls. 06/07 e 132).

Como se vê, as testemunhas da acusação, policiais civis, foram firmes e coesas em suas declarações, que são harmônicas entre si. Dessa forma, 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. Confira-se:

> *Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os*

Acesso ao Sumário

informes que, em testemunho ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes. (RT 411/266)

No mesmo sentido: *RT's* 730/632-3, 730/569, 716/479, 715/439, 616/286, 609/324, 594/392, 591/313, 558/313, 554/420, 526/445, 433/386 e 394/282.

Assim, não é crível que essas testemunhas armariam uma situação para incriminar o recorrente de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Neste 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)

A atuação dos agentes públicos revestiu-se de legalidade, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o panorama formado. As declarações compõem um quadro de consonância sobre as circunstâncias fáticas do ocorrido a integrar-se coerentemente ao restante do corpo probatório.

Acesso ao Sumário

Adianto que temos aí uma síntese da prova, que já evidencia a responsabilidade de J.L.D., prova essa que foi detalhada nas manifestações dos dignos representantes do MINISTÉRIO PÚBLICO, as quais passam a fazer parte integrante deste voto.

Pois bem.

Como se vê, emergiu induvidosa a prática dos delitos pelo apelante, tendo como vítima a enteada, menor e com problemas mentais, a qual relatou os fatos com firmeza, ainda mais quando amparada pelas declarações de sua genitora, que presenciou o último acontecimento, além do laudo de exame pericial

acostado às fls. 70 e 106, bem como pelas avaliações psicológicas, provas estas colhidas durante a instrução e suficientes a embasar um decreto condenatório. Senão, vejamos.

Com efeito, não existe motivo algum para a vítima eventualmente ter inventado os fatos narrados na denúncia. Pelo contrário, a menor ficou traumatizada com os atos que ocorreram de forma contínua, o que resultaram em mudança de seu comportamento.

Ademais, a menor, com problemas de paralisia cerebral, manifestou medo e repulsa diante da agressividade e dos atos praticados pelo réu. E isso foi corroborado pelos depoimentos de psicóloga, ginecologista e diretora da escola da ofendida.

Ressalto que, não fosse o bastante, a genitora da vítima presenciou o seu marido no quarto da vítima com as calças abaixadas e forçando a penetração do pênis na vagina da menor. S. relatou os fatos de forma muito coerente e contundente.

E bem assim entendeu a DOUTA PROCURADORIA:

(...) O caso é terrível. As penas parecem altas, mas se considerarmos a capitulação, fica tudo explicado. Trata-se de caso de estupro de vulnerável. A vítima era enteada, era menor de quatorze anos de idade e ainda era o que deve ser classificado, como "*alienada mental*" *pelo Código Penal.*

Todas as circunstâncias estão comprovadas.

O caso é de flagrante! O réu ficou em silêncio na Polícia e contestou a acusação em Juízo (vide instrução gravada). Não ousou, contudo, contestar o cenário pela mãe da vítima: estava mesmo no quarto de A.C., que estava nua. (fls. 212)

Portanto, as declarações do apelante em Juízo soam irrisórias perante o restante do conjunto probatório. Destarte, o convencimento firmado a partir das provas é no sentido de que o recorrente praticou os delitos, conforme narrativa acusatória. Os elementos probatórios trazidos aos autos são mais que suficientes para incutir no julgador o juízo de certeza necessário à condenação.

Inequívoca, ainda, a ocorrência da continuidade delitiva, pois J. convivia com a menor e durante nove meses, principalmente nos dias em que a levava para a natação, valia-se de sua posição de padrasto e a abusava.

Enfim, a vítima deixou evidente que J. a abusou por diversas vezes. Assim, imperativa a incidência do art. 71, do Código Penal, no presente caso.

Como se vê, o caso era mesmo de condenação e a r. sentença está bem fundamentada. Aliás, bastaria ter citado o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que diz: "*Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Acesso ao Sumário

Passo à análise das penas, que, adianto, merece acolhimento o apelo ministerial para que seja aplicada a fração de 2/3 para o crime continuado. Senão, vejamos.

Na primeira fase, o ilustre Magistrado bem fixou a pena básica no mínimo legal de 08 (oito) anos de reclusão, tendo em vista o art. 59, do Código Penal.

Na segunda, incidiu corretamente a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, pois o réu prevaleceu-se de relação doméstica e de coabitação, motivo pelo qual a pena foi acrescida de 1/6. A reprimenda passou a ser, então, de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na fase derradeira, verificada a ausência de causas de diminuição, o MM. Juízo *a quo* aplicou, acertadamente, a causa de aumento de ½, com base no art. 226, inciso II, do Código Penal, uma vez que o agressor é padrasto da vítima, o que resultou no *quantum* de 14 (quatorze) anos de reclusão.

Por oportuno, ressalto o que leciona NÉLSON HUNGRIA[1]:

> *O crime sexual é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito para com a vítima (notadamente quando entre esta e o ofensor há vínculo de sangue).*
>
> *Há um intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente.*

Por fim, tendo em vista que foram praticados diversos crimes, durante meses (art. 71 do Código Penal), razão assiste ao nobre membro do *Parquet*, ao requerer a fixação na fração de 2/3 pela continuidade delitiva, que bem fundamentou em suas razões de recurso, a saber:

> *Embora não consignada a quantia exata de delitos, evidente que foram numericamente suficientes a justificar a majoração máxima, em razão do longo lapso temporal em que perpetrados.*
>
> *(...) Assim, no caso, para crimes praticados, durante aproximadamente nove meses, necessário o aumento da pena na fração de 2/3. Sendo, portanto, arrazoada e proporcional à elevação no patamar máximo.*
>
> *O aumento ora reclamado orienta-se pelo princípio da proporcionalidade, o qual se mostra previsto em diversos pontos da Constituição Federal, ao exigir, a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), excluir certos tipos de sanções (artigo 5º, inciso XLVII) e demandar maior rigor no tratamento penal de casos de maior gravidade (artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV), com a correspondente moderação para infrações menos graves (artigo 98, inciso I)* – fls. 173.

A pena definitiva, então, restou em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Acesso ao Sumário

1 *Comentários ao Código Penal*, vol. VIII. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 251.

Somente a título de esclarecimento, correto o regime imposto para o desconto da reprimenda imposta pelos referidos delitos, ante sua natureza e o *quantum* da pena imposta. Confira-se a jurisprudência:

> *Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, considerados hediondos, impõem o cumprimento da pena, desde o início, no regime fechado. O acórdão decidindo de modo diverso contrariou a lei penal e a jurisprudência do STF e do STJ.* (STJ – REsp. 37.041-8 – DJU 11.10.1993, p. 21.333)
>
> *A determinação para que a pena por crime hediondo seja cumprida integralmente em regime fechado decorre de lei, não tendo o juiz discricionariedade para dispor de forma diversa.* (STF – 2ª T. – HC 79.077-1 – j. 11.05.1999 – DJU 30.06.2000, p. 40)

Posto isso, nego provimento ao recurso defensivo, com acolhimento do ministerial para, mantida a condenação do réu, aplicar a fração de 2/3 pela continuidade delitiva, motivo pelo qual a pena definitiva passou a ser de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença também por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004128-21.2009.8.26.0205, da Comarca de Getulina, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado A.J..

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal 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 1.608)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

NELSON FONSECA JUNIOR, Relator

Ementa: Estupro de vulnerável – Sentença absolutória – Vulnerabilidade relativa – Possibilidade diante das peculiaridades do caso concreto – Relação de namoro entre a vítima e o réu – Consentimento válido da ofendida, que confirmou em juízo, quando já contava com 14 (catorze) anos, que os atos foram consentidos – Absolvição mantida, nos termos do artigo 386,

Acesso ao Sumário

inciso III, do Código de Processo Penal – Recurso ministerial improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação da r. sentença de fls. 102/105, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu **A.J.** da imputação que lhe foi intentada (artigo 217-A, por trinta e seis vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal), com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apela buscando a condenação do réu, nos termos da denúncia, que entendeu provada (fls. 111/119).

O recurso foi recebido (fls. 120) e regularmente contrariado (fls. 126/131).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 137/141).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

O acusado **A.J.** foi denunciado porque, no período compreendido entre os meses de fevereiro a outubro de 2009, manteve conjunção carnal com a menor R.J.D., que contava com apenas 12 (doze) anos de idade à época.

Segundo o apurado, em dezembro de 2008, o réu passou a manter relacionamento amoroso com a vítima, sendo que a primeira relação sexual completa ocorreu em fevereiro de 2009, oportunidade em que a ofendida foi deflorada.

É dos autos, ainda, que esse relacionamento amoroso perdurou até outubro de 2009, período em que a vítima ficou grávida. Porém, posteriormente, acabou sofrendo aborto espontâneo (cf. laudos de fls. 19 e 21).

A confirmação da absolvição, no entanto, é mesmo medida que se impõe, em que pese o entendimento diverso do Representante do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

De fato, sempre que ouvido, o acusado asseverou que os pais da vítima autorizaram o namoro dele com a vítima e, somente após esse consentimento, manteve relações sexuais com ela. Segundo relatou, dormiu várias vezes na casa da ofendida e também morou durante um período nesse local. Depois da gravidez da vítima, permaneceram juntos por mais três meses. Todavia, quando o genitor da ofendida soube que a filha estava grávida, proibiu o namoro deles (cf. fls. 07/08 e 75).

As declarações da vítima R.J.D., da mesma maneira, tanto na fase policial, como em juízo, confirmam a prática de conjunção carnal com o acusado.

Com efeito, a ofendida confirmou em juízo, quando já contava com 14 (catorze) anos de idade, que realmente namorou o acusado por aproximadamente

dois anos. Segundo relatou, depois de algum tempo, seu pai aceitou esse namoro. Pelo que se recorda, as relações sexuais com o réu iniciaram-se em fevereiro de 2009, quando contava com 12 (doze) anos de idade, e perduraram até o término do relacionamento, que se deu em outubro de 2009. Disse, ainda, que durante o namoro ficou grávida do acusado, mas acabou sofrendo aborto espontâneo. Mencionou, também, que o réu já dormiu na sua casa, com o consentimento de seu pai. Finalizou, dizendo que ainda gosta dele (fls. 05 e 60).

A genitora da ofendida, C.R., a seu turno, informou que o namoro da vítima com o réu foi autorizado depois de algum tempo, pois ele havia comunicado a seu marido que estava namorando "a sério" (fls. 61).

Já o genitor da vítima, A.D., mencionou que somente após a gravidez da sua filha soube do relacionamento dela com o réu e, ao contrário da sua esposa, afiançou que não consentiu com o namoro (fls. 62).

Contudo, a conselheira tutelar S.A.L., ouvida a fls. 64, afiançou que o pai da ofendida consentia com o namoro, muito embora não soubesse que a sua filha e o acusado mantinham relações sexuais. Contou, também, que antes de descobrir a gravidez da vítima, o genitor da menor falava "muito bem" do réu. Confirmou, por fim, que o relacionamento havido entre a ofendida e o acusado perdurou por cerca de dois anos.

No mesmo sentido foi o testemunho da outra conselheira tutelar R.A.C.J., que acrescentou, ainda, que os pais da ofendida lhe disseram que o acusado dormiu algumas noites na casa deles, junto com a vítima (fls. 65).

Ambas as conselheiras também disseram que o acusado desejava continuar o relacionamento com a ofendida e pretendia assumir o filho que ela estava esperando.

As testemunhas W.D.S., M.A.M., D.R.N., V.N.S. e D.L.A. narraram que o réu e a vítima namoraram por um bom tempo e que os pais dela sabiam e autorizaram esse relacionamento, sendo que D. e V. ainda comentaram que o acusado chegou a morar na casa da ofendida, conforme se verifica dos depoimentos insertos a fls. 66, 67, 68, 69 e 74.

Os exames de corpo de delito de fls. 19 e 21, a seu turno, comprovam que a ofendida foi deflorada, na medida em que ficou grávida, mas acabou sofrendo aborto espontâneo, demonstrando a materialidade do delito.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos evidenciou, de maneira induvidosa, que o réu manteve conjunções carnais com a ofendida, que contava com menos de 14 (catorze) anos de idade à época, como faz prova o documento copiado a fls. 09.

Nada obstante, é importante notar que o tipo descrito no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, tutela a liberdade sexual e o pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aquelas incapazes de exteriorizar sua vontade de

Acesso ao Sumário

forma completa e válida.

Assim, no caso em apreço, entendo que a conduta do acusado não se amolda na figura típica prevista no artigo supramencionado, uma vez que a idade cronológica da vítima não é compatível com o seu amadurecimento psíquico.

É que, embora contasse com menos de 14 (catorze) anos de idade na época dos fatos, as provas coligidas não deixam dúvidas de que a ofendida não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena consciência do que estava fazendo, consentindo com as relações sexuais de forma válida, que decorreram naturalmente do relacionamento amoroso que manteve com o acusado por aproximadamente dois anos.

A vítima não foi enganada e não teve a sua dignidade sexual violada, pois escolheu ter relações sexuais com o acusado, o que afasta qualquer alegação de violação do bem jurídico tutelado, como bem reconhecido pelo Juízo de origem (cf. fls. 104).

E, consoante já decidiu este Tribunal de Justiça: ***"Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado. Conduta atípica. Absolvição. Provimento. (...) Destarte, a sociedade não pode vendar-se à realidade social, pois meninas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, cuja qualidade educacional decai periodicamente, seja por amizades de variadas idades, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, restando demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto"*** (TJSP – Apelação nº 0002773-73.2006.8.26.0627, Des. Souza Nucci, 16ª Câmara Criminal, j. em 08.05.2012).

No mesmo sentido, também se posicionou esta Colenda 15ª Câmara de Direito Criminal: ***"ESTUPRO – Réu que, por várias vezes, constrangeu J.A.P.G., não maior de 14 anos, à conjunção carnal, mediante violência presumida – Delitos cometidos anteriormente à Lei nº 12.015/2009 – Não configuração da tipicidade material – Consentimento espontâneo da vítima nas relações íntimas com o acusado – A solução absolutória se impõe – Absolvição mantida – Apelo ministerial negado"*** (TJSP – Apelação nº 0006406-07.2009.8.26.0201, Des. Ribeiro dos Santos, j. em 06.10.2011).

Logo, não havendo violação ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, qual seja, a dignidade sexual, a absolvição era mesmo de rigor, nos moldes do reconhecido na r. sentença objurgada, da lavra do eminente Magistrado **LUIS**

AUGUSTO DA SILVA CAMPOY.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000007-50.2005.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante M.L.S., 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 defensivo, mantendo-se a r. sentença proferida, pois o veredicto condenatório foi formado da livre convicção dos senhores jurados, alicerçando-se na avaliação do conjunto probatório apresentado. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Plinio Vinicius Ramacciott 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 29.061)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E RECUSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI QUE OPTA POR UMA DAS VERSÕES CONSTANTES DAS PROVAS DOS AUTOS – Proferido o veredicto do Júri com base nas provas dos autos, de forma não arbitrária, descabe a realização de novo julgamento – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1.020/1.027, que julgou procedente a ação penal promovida pela JUSTIÇA PÚBLICA, para condenar **M.L.S.** à pena de **60 anos de reclusão, regime**

inicial fechado, por incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, por três vezes, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal.

Inconformado, apela o réu, apontando as seguintes nulidades:

Da sentença de pronúncia, por ter se caracterizado como peça acusatória; do julgamento, tendo em vista que a testemunha protegida "B" utilizou vestes que cobriam todo o seu corpo, com exceção dos olhos; nulidade decorrente do fato de o magistrado *a quo* ter indeferido o pedido do defensor que pretendia arrolar 8 testemunhas para depor em plenário; nulidade pelo uso de algemas no réu, visto que essa situação pode ter influenciado os jurados de alguma maneira; nulidade decorrente do fato de o Ministério Público ter colocado em dúvida a autenticidade do documento escolar que noticiou que o acusado estava presente na aula no momento do crime; nulidade decorrente da suposta quebra de imparcialidade por parte do Juiz que presidia a Sessão de Julgamento. Acrescenta o Patrono que a denúncia descreveu que o crime foi praticado em concurso de agentes e que os quesitos não fizeram referência a isso, o que teria gerado nulidade no julgamento; ressalta que a decisão do Conselho de Sentença foi contrária à prova dos autos; requer a redução da sanção que lhe foi imposta. Pede o provimento do apelo (fls. 1.146/1.189).

O recurso foi processado, com contrariedade oferecida pela acusação (fls. 1.198/1.217).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 1.225/1.233).

É o Relatório.

Nos termos do artigo 571, inciso V, do CPP, eventuais nulidade ocorridas depois da pronúncia devem ser arguidas após o anúncio do julgamento e apregoadas as partes.

A defesa nada falou a respeito de eventual nulidade da sentença de pronúncia no momento oportuno, somente o fazendo quando da apresentação do recurso de apelação. Portanto, preclusa a matéria.

Além disso, a sentença de pronúncia foi proferida nos termos da lei, não constando nela nenhum vício a ser sanado.

Acesso ao Sumário

Some-se a isso que a alegação de nulidade da sentença de pronúncia foi objeto de Recurso em Sentido Estrito (fls. 858/872) e já foi decidido que inexiste nulidade na sentença de pronúncia.

Não ensejou nulidade o fato de não ter sido amplamente publicada a identidade da testemunha "B", visto que tal depoente tem a sua identidade preservada pelo provimento nº 32/00, da CGJ/SP.

Além disso, essa questão também já foi apreciada oportunamente, quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito (fls. 858/872), onde ficou

consignado que o escopo da providência é justamente preservar a testemunha, de forma que possa prestar seu depoimento sem nenhum tipo de represália por parte do autor do delito.

Especialmente no caso em que a testemunha "B" presenciou os fatos, o que justifica o temor de sofrer algum tipo de retaliação.

Ademais, o Defensor do réu tem acesso aos nomes, endereços e qualificações das testemunhas arroladas, pois tais dados ficam arquivados em cartório em livro próprio e disponível para consulta das partes.

Sem fundamento a alegação de que teria sido incorretamente indeferida a oitiva de 8 testemunhas arroladas pela defesa.

Com efeito, nos termos do artigo 422 do CPP, o patrono apresentará o rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5. Assim, vislumbra-se que a defesa extrapolou o limite permitido.

Além disso, a decisão que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas além do limite estabelecido por lei (fl. 892) não foi impugnada oportunamente, estando preclusa a questão.

Some-se a isso que às fls. 969/970 o réu requereu a substituição de uma testemunha e, embora tal pleito tenha sido formulado intempestivamente, foi acolhido, em observância do princípio da ampla defesa.

A decisão de emprego de algemas no réu em Plenário foi fundamentada pela Juíza (fls. 1.030/1.031), estando em consonância com a Súmula Vinculante nº 11, inexistindo nulidade a ser reconhecida.

Tampouco acarretou nulidade o fato de o Ministério Público ter colocado em dúvida a autenticidade do documento de fl. 157, oriundo do Centro de Educação Tiradentes, que menciona que M. estava matriculado em um curso ministrado em tal local e que as aulas eram ministradas das 19h às 20h30min.

É que examinando tal documento vislumbra-se que ele deixa dúvida acerca da informação que contém, na medida em que nele foi inserida uma rasura interlinear com a seguinte informação manuscrita "*Declaramos ainda que a referida pessoa esteve presente à aula do dia 07/06/2005)*", a indicar que a informação foi colocada após a confecção do documento e por pessoa distinta daquela que o assinou.

Some-se a isso, que mesmo que o réu tenha frequentado o curso no dia dos fatos, tal circunstância não o impediria de praticar os crimes objeto da denúncia, visto que os três homicídios ocorreram às 18h30min, e a aula que o réu alega ter frequentado somente começava às 19 horas.

Não caracteriza quebra da imparcialidade o fato de o Ministério Público solicitar que a Defesa apontasse a folha dos autos onde se encontrava o fato por ela citado, em primeiro aparte, e posteriormente, novamente requerer a

Acesso ao Sumário

indicação das folhas dos autos, por intermédio da Juíza Presidente, visto que o artigo 480 do CPP impõe às partes o dever de esclarecer a folha dos autos onde se encontra o fundamento ou peça por ela citada.

O fato de os quesitos apresentados ao Conselho de Sentença não fazer alusão a participação de outro indivíduo nos três homicídios objeto de apreciação não comprometeu a defesa do réu, tendo em vista que a denúncia e a pronúncia indicam claramente essa situação.

Além disso, o fato de o réu ter praticado os homicídios em concurso de agentes é uma circunstância que além de não alterar a sua responsabilidade penal, não aumenta, tampouco diminui a pena que lhe foi carreada.

Portanto, não há se falar em nulidade, visto que conforme já foi dito anteriormente "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*" (CPP, art. 563).

Desse modo, superadas as preliminares, que ficam rejeitadas ante a inexistência de nulidade a ser reconhecida, passa-se ao exame do mérito.

Depreende-se dos autos que os jurados tinham elementos para reconhecer que o réu foi o autor dos três homicídios qualificados, por motivo torpe e com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima.

M. foi condenado, porque no dia ..., por volta das ..., na Rua ..., juntamente com terceira pessoa desconhecida, por motivo torpe consistente em vingança, com o uso de recurso que dificultou as defesas das vítimas que estavam desarmadas e foram executadas dentro de um automóvel, efetuou vários disparos de arma de fogo contra C.A., A.V. e T.B., neles causando as lesões corporais descritas no laudo de exame necroscópico de fls. 12/14, que foram causa de suas mortes (*laudos necroscópicos – fls. 107/108, 109/110 e 112/113*).

Dias antes dos crimes o acusado procurou saber com T., empregada de C., se esta gostaria de manter um relacionamento amoroso com ele. A., companheiro de C., soube desses fatos e foi tirar satisfações com o acusado. Na data dos fatos, pretendendo se vingar, M., juntamente com pessoa não identificada, abordaram as vítimas, que estavam dentro de um carro desarmadas e as executaram com vários disparos de arma de fogo.

A materialidade está evidenciada pelos laudos de exames necroscópicos, pelo laudo de exame do local dos crimes e dos cadáveres de fls. 116/145, pelo auto de reconhecimento pessoal de fls. 146, pela prova oral produzida.

Apesar de o réu negar a autoria, ficou demonstrado que ele praticou os três homicídios, visto que a testemunha presencial – *identificada como "B" por ser protegida pelo provimento 32/00 do CGJ/SP* –, foi firme e segura em apontar o réu como autor dos homicídios e o reconheceu em audiência, bem como confirmou a incidência das qualificadoras (*depoimentos de fls. 317/318 e 1.059/1.075*).

Acesso ao Sumário

As testemunhas R. (fls. 319/320) e A. (fls. 321/322), confirmaram que a vítima A. teria ido tirar satisfação com o réu, armado, em razão de M. ter manifestado interesse em manter relacionamento amoroso com C..

Essa circunstância comprova que os crimes foram praticados por motivo torpe, visto que o sentenciado matou as três vítimas para se vingar da intimidação sofrida dias antes.

Os crimes foram praticados de modo a dificultar a defesa das vítimas, pois estavam desarmadas e foram surpreendidas e executadas dentro de um automóvel, pelo réu e seu comparsa não identificado, com vários disparos de arma de fogo.

Diante da prova oral e documental constante dos autos o Conselho de Sentença tinha suporte para condenar o réu pelos três homicídios qualificados.

Portanto, não prospera o pleito de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, pois das duas teses expostas (*defesa e acusação*), os jurados escolheram a da acusação, ante a farta prova que deixou indene de dúvida que o apelante foi o autor dos delitos a ele imputados.

Assim, inexiste justificativa para alterar o veredicto, sob pena de violação do princípio constitucional de soberania da instituição do júri.

Com efeito, em respeito à soberania dos veredictos, o legislador ordinário restringiu o âmbito de recorribilidade das decisões tomadas pela Corte Popular, permitindo o exercício do duplo grau de jurisdição apenas nas hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, ou seja, quando: *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

Em nenhuma destas proposições tem-se a permissão para transformar o juízo valorativo feito pelo Conselho de Sentença acerca do mérito dos fatos submetidos a julgamento, particularidade que denota que o recurso interposto contra as decisões do Tribunal do Júri não é dotado de amplitude cognitiva.

A única hipótese na qual se constata maior alcance do Tribunal de apelação sobre o julgamento realizado pelos juízes leigos é na hipótese de a insurgência se basear na alegação de que a decisão destes seria manifestamente contrária à prova dos autos, conforme permissivo contido na alínea "*d*" do aludido dispositivo legal.

Todavia, mesmo nessa hipótese verifica-se a preservação da soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, já que a única providência passível de ser adotada pelo órgão colegiado, caso constatada que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova produzida nos autos, é a anulação do primeiro julgamento, determinando que a outro seja o acusado submetido (*art. 593, § 3º,*

Acesso ao Sumário

CPP), formando-se, para tanto, um novo Conselho de Sentença.

Conclui-se, portanto, que o aresto lastreará a anulação após a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja claramente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo. Caso contrário, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício da sua função constitucional, dotado de soberania.

Nessas circunstâncias, impõe-se a manutenção da r. sentença proferida, uma vez que o veredicto condenatório formado **pela livre convicção dos senhores jurados**, está corretamente assentado na avaliação do conjunto probatório coligido nos autos.

Das penas:

As circunstâncias judiciais não são favoráveis ao réu visto que os crimes foram praticados na presença dos quatro filhos menores da vítima C., que órfãs vivem abrigadas em programa estatal de proteção a testemunhas, em razão de ameaças sofridas.

Essas circunstâncias justificaram a fixação da pena-base em 20 anos de reclusão, para cada um dos três crimes, que foram praticados em concurso material, razão pela qual as sanções foram somadas, resultando o total de 60 anos de reclusão, no regime inicial fechado.

Nestas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença proferida, pois o veredicto condenatório foi formado da livre convicção dos senhores jurados, alicerçando-se na avaliação do conjunto probatório apresentado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045230-76.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes CARLOS DE FRANÇA LOPES, HIGO RENE PEREIRA DA ROCHA, JOSÉ AVELINO e LUCIVAL DE JESUS FEITOSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e negaram provimento aos recursos, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de maio de 2014.
NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA – QUADRILHA OU BANDO ARMADA – PRELIMINAR – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – PROVA SUFICIENTE – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS POSSIBILITARAM A IDENTIFICAÇÃO DOS RÉUS – ACUSADO HIGO FOI PRESO EM FLAGRANTE NO LOCAL UTILIZADO COMO CATIVEIRO – ENVOLVIMENTO DOS DEMAIS RÉUS TAMBÉM RESTOU SEGURAMENTE DEMONSTRADO – RÉUS ASSOCIADOS DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE PARA O FIM DE COMETER CRIMES – PENAS ADEQUADAS – MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA E APELOS IMPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos por Higo Rene Pereira da Rocha, Lucival de Jesus Feitosa, Carlos de França Lopes e José Avelino contra a r. decisão monocrática de fls. 966/984, que julgou procedente a inicial e condenou-os como incursos, em concurso material, no art. 159, § 1º, do Cód. Penal, e no art. 288, parágrafo único, do Cód. Penal, negado o direito de recorrer em liberdade.

O recorrente Higo foi condenado a 16 (dezesseis) anos e 3 (três) meses de reclusão, pelo crime de extorsão qualificada, e a 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, pelo crime de quadrilha ou bando.

Os apelantes Lucival e José Avelino foram condenados a 17 (dezessete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo crime de extorsão qualificada, e a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pelo crime de quadrilha ou bando.

O réu Carlos de França foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão, em relação ao crime de extorsão qualificada e a 2 (dois) anos de reclusão, pelo crime de quadrilha ou bando.

Foi fixado o regime prisional fechado para o início de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Busca a defesa de Carlos de França, preliminarmente, o pronunciamento

Acesso ao Sumário

de nulidade processual, por entender que a denúncia é inepta, por não conter suficiente descrição da conduta imputada ao réu, bem como a relação de causalidade entre sua conduta e crime de sequestro (fls. 1108/1126).

Quanto ao mérito, pugnam as defesas, em suma, pela absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória, ou, subsidiariamente, pela redução das penas (fls. 1021/1028, 1059/1069, 1073/1077 e 1108/1126).

Sustentam, a propósito, quanto ao crime de quadrilha ou bando armado, que não restou demonstrada a existência do "animus" associativo.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 1082/1083 e 1132/1152), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento do recurso do réu Higo, para absolvê-lo do crime de quadrilha ou bando, e pelo improvimento dos demais apelos (fls. 1155/1164).

É, em síntese, o relatório.

Importa anotar, de início, que se impõe o recebimento das razões recursais apresentadas intempestivamente pela defesa do apelo do réu Carlos de França Lopes (fls. 1095, 1102, 1127 e 1129), em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa.

Ademais, caso não houvesse a apresentação das razões recursais, seria necessário que essa providência imprescindível fosse efetivada por outro defensor, indicado pelo réu ou dativo.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Insta consignar, de início, que, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

Não há que se falar em inépcia da denúncia, pois foram preenchidos os requisitos do art. 41, do Cód. de Proc. Penal, e a descrição fática das práticas ilícitas imputadas aos réus apresenta-se como suficiente ao exercício da ampla defesa, tanto que não se vislumbra a ocorrência de prejuízo neste aspecto.

Importa considerar, ademais, que, como se verificará quando da análise de mérito, que há vínculo causal entre as ações dos réus descritas na denúncia e o crime de extorsão mediante sequestro.

No mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Quanto ao mérito, os apelos não procedem.

A r. sentença, que apreciou a prova com critério e bem decidiu o presente feito, não merece qualquer reparo.

Ficou demonstrado, estreme de dúvida, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, os acusados associaram-se, em quadrilha ou bando armado, para o fim de cometer crimes.

Acesso ao Sumário

Ficou demonstrado, ainda, que os réus, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, agindo em concurso, por período superior a vinte e quatro horas, de 02 a 19 de outubro de 2010, sequestraram a vítima D.C.C., com o fim de obter, para si, vantagem econômica, como condição ou preço de resgate.

A vítima, filho de um empresário do ramo de autopeças, conduzia seu veículo logo após deixar um estabelecimento comercial e, ao parar em um semáforo, foi abordada por dois agentes armados, que desceram de um veículo Fiat/Palio, cor prata, que determinaram que passasse para o banco traseiro e assumiram a condução de seu automóvel.

Um terceiro agente permaneceu na condução do veículo Fiat/Palio.

Posteriormente, os agentes determinaram que a vítima ingressasse no veículo Fiat/Palio e levaram-na até o local utilizado como cativeiro, onde havia cinco agentes.

A testemunha K.E.B., amigo do ofendido, presenciou o momento da abordagem.

A vítima foi obrigada a entregar seu cartão de crédito aos sequestradores, a informar a senha e a fornecer os telefones de seus familiares.

Nos primeiros dias de cativeiro, a vítima permaneceu amarrada.

No dia seguinte ao sequestro, a família da vítima comunicou o sequestro ao Grupo Antissequestro da Polícia Civil, que passou a monitorar as negociações.

Os sequestradores telefonaram para a família da vítima e exigiram o pagamento de US$ 700.000,00 (setecentos mil dólares) como condição de resgate.

Os policiais civis, de posse do número de telefone de onde partiu a ligação para a família da vítima (11-8852 6839), constataram que a linha de telefone celular utilizada pelos sequestradores havia sido habilitada naquele mesmo dia, bem como identificaram que o telefone utilizado havia feito contato anterior com outros dois telefones (números 11-8859 6110 e 11-9317 3548).

Durante as investigações, os policiais constataram que a linha telefônica 11-8859 6110 havia sido habilitada em nome de "*Cintia Ferreira da Silva*", irmã de Sandra Ferreira da Silva, que é esposa do réu Lucival, bem como que a linha 11-9317 3548 tinha interlocutores que se chamavam por "*Sandra*", "*Val*" ou "*Lucival*".

A interceptação das linhas telefônicas utilizadas (diálogos transcritos às fls. 47/152) e a identificação da ERB (Estação de Rádio Base) utilizadas nas ligações possibilitaram a identificação dos réus.

Constataram, ainda, como se verifica da transcrição das conversas telefônicas e da análise das mensagens de texto, que o réu Carlos (conhecido por *Colosso*) pediu para que sua esposa Janaina enviasse ao réu José Avelino

Acesso ao Sumário

(*FK*) uma mensagem de texto com os números de RG e CPF a serem utilizados na habilitação de um dos telefones que entraram em contato com a família da vítima (11-9148 8908) (fls. 44, 110, 111, 112, 113 e 129/130).

Verificaram, também, que o réu Lucival (*Val*) mandou sua esposa Sandra enviar uma mensagem, posteriormente observada na linha 11-6439 8525, com os números de telefone do pai, mãe e irmão da vítima do sequestro (fls. 43 e 76).

A partir das linhas telefônicas utilizadas pelos sequestradores, os investigadores identificaram o endereço do casal Lucival (conhecido por *Val*) e Sandra, bem como dos corréus Carlos (conhecido por *Colosso*) e José Avelino (conhecido por *FK* ou *Franklin*).

As interceptações telefônicas revelaram, ainda, que a quadrilha estava efetivamente estruturada para a prática de outros crimes, bem como o envolvimento de alguns de seus membros com facção criminosa da Capital.

Em 19/10/2010, em diligência orientada por denúncia anônima, os investigadores de polícia localizaram o cativeiro em que a vítima estava e libertaram-na.

No local de cativeiro, o acusado Higo, que vigiava a vítima, foi preso em flagrante na posse de arma de fogo.

A vítima, ao longo da persecução penal, reconheceu o réu Higo (fls. 17/18 e 791).

A vítima, depois de libertada, na fase extrajudicial, ao ouvir a gravação da conversa entre seu irmão e o sequestrador, reconheceu a voz dele com o réu apelidado de *Val* (Lucival), que esteve no cativeiro e pediu os telefones de seus familiares (fls. 30/32 e 785/786).

Em diligências instrumentalizadas por mandados de busca e apreensão domiciliar, os policiais apreenderam, na residência do réu Carlos (*Colosso*), munições e fuzis, e, no local indicado pelo réu Lucival (*Val*), um fuzil de fabricação russa (fls. 283 e 303).

Também foram apreendidos dois veículos pertencentes ao réu Lucival, um deles com as mesmas características do utilizado para a abordagem da vítima (Fiat/Palio Prata).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da vítima (fls. 17/18, 30/34 e 781/793), pelos depoimentos do irmão (fls. 33/35 e 794/804) e do genitor do ofendido (fls. 37/39 e 800/504) (sic), testemunhas protegidas nos termos do Prov. CGJ 32/00, e pelos testemunhos dos policiais militares Raphael Cavalari Machado Moraes (fls. 829/833), Magno Soares dos Santos (fls. 233/234 e 812/820), Gonçalo Emidio de Souza Júnior (fls. 225/226 e 821/824), Marcelo Meira da Silva (fls. 227/228 e 825/828) e do D. Delegado de Polícia responsável pelo Grupo Antissequestro (fls. 805/811).

Nada há a infirmar a prova oral da acusação.

Quanto às versões exculpatórias apresentadas pelos réus em juízo, porque divergentes das versões apresentadas na fase extrajudicial, isoladas e afastadas, com segurança, pelo conjunto probatório, não comportam credibilidade.

O recorrente Higo, na fase extrajudicial, admitiu que vigiava a vítima no cativeiro (fls. 19/20), enquanto, em juízo, alegou ter sido abordado pelos policiais na via pública, enquanto retornava a sua residência (fls. 834/836).

O apelante Lucival (*Val*), na fase policial, admitiu conhecer ao acusados Carlos e José Avelino e ter participado na negociação do sequestro da vítima (fls. 252 e 327/328) e, na fase judicial, negou qualquer participação no crime de sequestro e, quanto ao fato de ter feito uma ligação da delegacia de polícia, por determinação dos policiais, para determinar a libertação de outra vítima sequestrada, alegou que possuía "contatos" e que assim agiu por temer represálias dos policiais em relação aos seus familiares (fls. 837/845).

O recorrente Carlos França (*Colosso*), ao início da persecução penal, admitiu conhecer Lucival, reconheceu a apreensão das armas e munições em sua residência, mas negou envolvimento com o sequestro (fls. 261 e 322/323). Em juízo, negou qualquer envolvimento com o sequestro, alegou desconhecer os demais réus e negou que as armas e munições tivessem sido apreendidas em sua residência (fls. 846/850).

O réu José Avelino, na fase extrajudicial, de início, alegou desconhecer os demais réus (fl. 269), mas, depois, embora tenha continuado a negar seu envolvimento com o sequestro, afirmou conhecer os acusados Lucival e Carlos, bem como esclareceu ter presenciado o réu Lucival (*Val*) realizar uma ligação, a partir do telefone fornecido pelos policiais, para determinar a libertação de uma vítima de outro sequestro (fl. 317). Na fase judicial, voltou a negar o envolvimento com o sequestro e alegou ter sido obrigado a assinar o termo de interrogatório da fase extrajudicial (fls. 851/855).

A prova é complementada, no âmbito da materialidade delitiva, pelo auto de exibição e apreensão (fls. 301/303), laudos de exames de aparelhos celulares (fls. 429/431, 433/434, 436/446, 448/461, 466/475, 477/483, 485/489, 491/493), laudos de exame de peças (fls. 463/464, 523/532 e 744/751), laudos de exame de veículos (fls. 495/514) e pela transcrição das interceptações telefônicas (fls. 47/142).

Não é demais ressaltar que as interceptações telefônicas corroboraram a prova oral, pois revelaram, com segurança, que, além dos réus se conhecerem e estarem envolvidos com o crime de sequestro apurado, estavam associados com o fim de cometer crimes, a teor das transcrições, por exemplo, de fls. 53/55, 82, 97 e 125/126 (Lucival); 56/57, 105 e 114 (Carlos); 87, 89, 95 e 112 (verifica-se que Lucival conhece José Avelino); 105 e 106 (verifica-se que Carlos e Lucival

Acesso ao Sumário

se conhecem); 107/108 (Carlos conversa com José Avelino); 129/130 (ligação entre José Avelino, Lucival e Carlos sobre a compra de entorpecente).

Não é demais anotar, também, quanto ao réu Higo, que a vítima descreveu seu estreito relacionamento com os demais membros da quadrilha, que se revezavam para vigiá-la.

Quanto ao reconhecimento do réu Higo realizado pela vítima, importa anotar que a realização do reconhecimento formal, em conformidade com o disposto no inc. II do art. 226 do Cód. de Proc. Penal, não é indispensável à validade do ato, pois, segundo se verifica da fórmula legal contida no referido regramento processual, o ato em tela pode ser realizado de outra forma.

Não é demais ressaltar, ainda, que Higo foi preso em flagrante quando vigiava a vítima no local de cativeiro.

Como se vê, a procedência da inicial, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição, era de rigor.

Quanto ao crime de quadrilha ou bando armado, importa considerar, ainda, que, dadas as circunstâncias reveladas pela prova, como já anotado, restou demonstrado que os acusados estavam efetivamente estruturados para a prática de diversos crimes.

Demonstrados estão, portanto, os pressupostos da figura típica do crime de quadrilha ou bando armado, quais sejam, estabilidade e permanência da associação.

No que concerne ao reconhecimento do concurso material entre os crimes de quadrilha ou bando armado e extorsão mediante sequestro, era de rigor, pois, à evidência, os crimes decorreram de desígnios autônomos.

Ademais, trata-se de crimes com momentos consumativos diversos.

No que concerne à dosimetria das penas, a r. decisão recorrida não merece reparo.

As penas-base relativas ao crime de extorsão qualificada foram fixadas acima dos mínimos legais em relação a todos os recorrentes, em razão das circunstâncias e consequências do crime, pois a "*vítima permaneceu mais de duas semanas em local imundo, com ratos e outras pragas, sem ser devidamente alimentada e sofrendo verdadeira tortura psicológica*", e, quanto ao réu Higo, também em vista da existência de condenação definitiva anterior pelo crime de extorsão qualificada, considerada como antecedente criminal (fl. 777).

Assim, para os réus Lucival, José Avelino e Carlos, as penas-base do crime de extorsão qualificada foram fixadas em 1/4 (um quarto) acima dos mínimos legais, e, quanto ao réu Higo, além da adoção do mesmo índice de aumento, aplicou-se o aumento de 1/12 diante da existência do antecedente criminal referido.

Acesso ao Sumário

Incidiu, a seguir, quanto aos réus Lucival e José Avelino, o aumento de 1/6 (um sexto), em razão da reincidência (fls. 763 e 775).

Quanto ao crime de quadrilha ou bando armada, a pena-base foi fixada no mínimo legal para os réus Lucival, José Avelino e Carlos, e, quanto ao réu Higo, em 1/12 acima do mínimo, existência de condenação definitiva anterior pelo crime de extorsão qualificada, considerada como antecedente criminal (fl. 777).

Operou-se, na sequência, o aumento de 1/6 (um sexto), em relação aos réus Lucival e José Avelino, em razão de circunstância agravante da reincidência (fls. 763 e 775).

O regime prisional fixado para início de cumprimento das penas privativas de liberdade, o fechado, deve prevalecer, pois compatível com o *quantum* das penas impostas, com a natureza dos crimes cometidos e com as condições pessoais desfavoráveis dos réus Higo, Lucival e José Avelino.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027929-74.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes S.O., J.B.S. e L.C.R., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.464)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 21 de maio de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – TENTATIVA DE LATROCÍNIO – PROVAS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA – PRISÃO EM FLAGRANTE – RECONHECIMENTO SEGURO PELAS VÍTIMAS – PROVA PERICIAL – CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – DISPAROS DE

Acesso ao Sumário

ARMA DE FOGO EM DIREÇÃO À VITIMA, COM INTENÇÃO DE MATAR – MORTE QUE NÃO OCORREU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS ÀS VONTADES DOS AGENTES – HIPÓTESE DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO – TIPIFICAÇÃO PENAL BEM CARACTERIZADA.

DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA – PENAS FIXADAS ACIMA DO PISO – MANUTENÇÃO DO AUMENTO – CRIME COMETIDO EM RESIDÊNCIA, DURANTE O PERÍODO DE DESCANSO NOTURNO – PENAS DE J. REDUZIDAS AO MÍNIMO PELA MENORIDADE E DE L.C. AUMENTADAS DE 1/6 PELA REINCIDÊNCIA – REDUÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA, CONSIDERADO O *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO, QUE MUITO SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO.

REGIME INICIAL FECHADO – *QUANTUM* DA PENA E HEDIONDEZ DO CRIME DE LATROCÍNIO.

RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

S.O., **J.B.S.** e **L.C.R.** foram condenados por incursos no art. 157, § 3º, última figura, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal. S., às penas de 15 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 07 dias-multa; J., às penas de 13 anos e 04 meses de reclusão e 06 dias-multa e L.C. ao cumprimento de 18 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão e 08 dias-multa, estabelecido para todos o regime fechado.

Aos réus foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados, apelam.

S. postula a absolvição e, subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal, aumento de apenas 1/3 pelas causas de aumento, redução de 2/3 pela tentativa, reconhecimento da participação de menor importância e o estabelecimento do regime semiaberto.

L.C. sustenta que agiu em legítima defesa, alegando que a vítima, ao se defender, não utilizou moderadamente dos meios necessários para cessar a agressão que sofria. Aduz que a hipótese é de tentativa de roubo, argumentando que não agiu com intento homicida. Pede a fixação das penas no piso, a preponderância da confissão sobre a reincidência ou a compensação da atenuante com a agravante, a redução de 2/3 pela tentativa, bem como o estabelecimento

Acesso ao Sumário

de regime diverso do fechado.

J., por sua vez, requer a fixação das penas no piso, a redução aquém do mínimo pela menoridade e de 2/3 pela tentativa.

Regularmente processado e respondido o recurso, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento dos apelos.

É o relatório.

Consta dos autos que no dia 19 de maio de 2011, os acusados, agindo em concurso, tentaram subtrair para proveito comum, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, bens pertencentes às vítimas M.F.C., K.C.P., B.P.G. e L.F.G.C., não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Os réus negaram a acusação.

J. alegou que apenas L.C. estava no local dos fatos. L.C. ligou para S. dizendo que seu carro, um Monza, estava quebrado e pediu que ele arrumasse uma corda. Foram socorrer L.C., mas quando chegaram ao local o delito já tinha sido praticado.

L.C., por sua vez, disse que estava sozinho quando foi assaltar. Nem chegou a entrar na casa das vítimas e já foi atingido por um tiro, sendo que nesse momento sua arma disparou acidentalmente.

S., por fim, narrou que J. ligou para um orelhão pedindo que ele fosse resgatar o carro dele, um Gol, em ... . Quando chegou ao local, J. entrou no seu carro dizendo que eles precisavam fugir dali, pois havia cometido um delito.

As versões narradas, além de amplamente contraditórias, não encontram qualquer respaldo nas provas dos autos.

Senão vejamos.

As vítimas relataram, de forma harmônica e coerente, que por volta de 02h30min foram acordadas pelos acusados.

B., L. e K., que foi agredida com socos nas costas, foram levadas para o banheiro do quarto. Ainda no escuro, M., que é segurança e guardava um revólver na casa, conseguiu se armar e esconder a arma com uma fronha.

Quando as luzes se acenderam, L.C. ordenou que M. soltasse a fronha e, nesse momento, M., com medo de ser atingido quando o assaltante visse que ele estava armado, deu um tiro em direção a L.C., e o atingiu no abdômen. L.C. disparou vários tiros contra a vítima, que foi atingida no braço, no peito e na perna. Durante o tiroteio os outros dois assaltantes fugiram.

O policial A. disse que recebeu a notícia de que estaria ocorrendo um roubo em residência. Nas imediações do local dos fatos se deparou com um veículo Palio, no qual estavam J. e S. Estes não souberam explicar o que faziam ali e foram conduzidos para a residência das vítimas, onde foram reconhecidos

Acesso ao Sumário

como sendo autores do delito. L.C. estava no local, baleado.

M. reconheceu os três acusados, sem sombra de dúvida. As demais vítimas reconheceram S. e J., esclarecendo que não chegaram a ver de perto o terceiro indivíduo, L.C..

E não há por que não acreditar nas palavras das vítimas, que nenhum interesse têm em injustamente acusar os réus de crime que não cometeram, e sim em apontar os verdadeiros culpados.

Autoria induvidosa, a materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante, laudo de exame do local (fls. 132 e seguintes), laudo de lesão corporal de fls. 121 e 183, que comprovam as lesões sofridas pela vítima, bem como pela prova oral coligida.

A condenação era, portanto, de rigor.

Não merece acolhimento o pedido de S. para reconhecimento da participação de menor importância. Para que haja participação de menor importância, deve o agente comprovar, de maneira inequívoca, que sua atuação não influenciou de maneira decisiva no sucesso da empreitada criminosa.

Não foi o que ocorreu *in casu*. S. acompanhava os demais acusados quando abordaram e ameaçaram as vítimas e junto com J. fugiu do local.

Também não prospera a tese de legítima defesa sustentada por L.C.. M. reagiu com um tiro porque teve receio de ser morto se o assaltante percebesse que ele estava armado. Sua família havia acabado de ser ameaçada, agredida e presa no banheiro pelos assaltantes.

Reagiu com um só tiro e foi atingido por três, disparados pelo acusado, com nítido intento homicida. A vítima usou, portanto, moderadamente do meio necessário para repelir a iminente agressão (TJSP RT 713/337).

E não há que se falar em desclassificação para tentativa de roubo.

Sobre o tema, decidiu o STJ em recente julgado:

LATROCÍNIO TENTADO (ARTIGO 157, § 3º, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO. NULIDADE DO LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE LESÕES CORPORAIS LEVES OU GRAVES PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. EXISTÊNCIA DE OUTROS DOCUMENTOS QUE PERMITEM A IDENTIFICAÇÃO DA MÉDICA RESPONSÁVEL PELA PERÍCIA REALIZADA NA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. **A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título**

Acesso ao Sumário

de dolo ou culpa.

2. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, **prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.**

3. Por esta razão, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la. Precedentes do STJ e do STF. (HC 2011/0062941-0, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 08/05/2013)

As penas foram fixadas em 1/6 acima do piso, em virtude de o delito ter sido cometido em residência, durante o período de descanso noturno e com desproporcional agressividade contra vítimas, o que denota maior periculosidade e está correto.

Em seguida, as penas de L.C. foram aumentadas de 1/6 pela reincidência (fls. 29 do apenso) e as de J. reduzidas ao piso pela menoridade.

Nesse ponto, pede a Defesa do réu L.C. a compensação da confissão com a reincidência.

Sem razão, todavia, pois que confissão não houve. O réu mentiu ao afirmar que se dirigiu sozinho à casa das vítimas, que não chegou a entrar na residência, e mentiu mais uma vez ao sustentar que sua arma disparou acidentalmente, de modo que não se caracterizou a atenuante pretendida.

A menoridade relativa de J. à época dos fatos já foi considerada para reduzir a pena ao mínimo legal e não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Não há que se falar em qualificadoras porquanto se trata de tentativa de latrocínio.

Por fim, reconhecida a tentativa e levando-se em conta o "iter criminis" percorrido, as penas foram reduzidas de 1/3, índice que se mostra adequado, pois a ação dos agentes muito se aproximou da consumação.

M. foi atingido por três disparos de arma de fogo, sofreu lesões de natureza grave e somente não morreu porque foi prontamente socorrido (laudo de fls. 121).

O regime inicial fechado é de rigor, tendo-se em conta o *quantum* da pena aplicada e demais circunstâncias como a concreta gravidade dos delitos perpetrados pelos condenados, considerado hediondo.

Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001232-90.2013.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante J.S.N.F., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ante o exposto, afasto a preliminar arguida, e dá-se parcial provimento ao recurso interposto por J.S.N.F., tão somente para reconhecer a continuidade entre os delitos, reduzindo a pena para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), VICO MAÑAS e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: PENAL – ESTUPRO CONTRA MAIOR DE 14 E MENOR DE 18 ANOS (ART. 213, § 1º DO CP) – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE ATENDE AO PRECEITO CONSTANTE DO ART. 93, IX, DA CF – Não há que se falar em nulidade da sentença condenatória, por falta de apreciação de tese defensiva, quando sua fundamentação, ainda que de forma implícita, adota posição oposta à pretensão do réu.

MÉRITO: ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA – As provas da conduta são robustas e uniformes, devendo a condenação ser mantida. Nas circunstâncias do delito, como em todos de sua espécie, sabe-se da dificuldade da construção probatória, a palavra da vítima tem validade probante, dada a forma clandestina da prática do delito, praticado às escondidas, sem testemunhas ou vestígios, ficando clara a intenção do apelante para a prática do estupro. Reconhecimento

Acesso ao Sumário

da continuidade delitiva – Possibilidade.

Para fins de prequestionamento, o julgador não está obrigado a tecer minúcias acerca de todas as teses de defesa ou a indicar em sua decisão todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados, bastando apreciar as questões que forem impugnadas, justificando seu convencimento.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta por J.S.N.F., contra a r. sentença datada de 26 de setembro de 2013, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Pedro, que o condenou pela prática do crime tipificado no artigo 213, § 1º, c.c. o artigo 69, "caput", do Código Penal, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 350/363).

Inconformado, em preliminar requer a nulidade da sentença por falta de motivação, ante a não análise de todos os argumentos da defesa e, no mérito, postula a absolvição ante a insuficiência de provas e, subsidiariamente (fls. 381/398).

Em contrarrazões o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 401/404).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento para afastar a preliminar arguida e para que seja reconhecida a continuidade delitiva com consequente redução penal (fls. 408/412).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – ***Da preliminar***

Razão não assiste ao réu em pleitear a nulidade da r. sentença.

O r. *decisum* ora objurgado não carece de fundamentação, tendo analisado pormenorizada e criteriosamente todas as provas colhidas nos autos para alcançar o seu convencimento sobre a culpabilidade do apelante. Se acolheu a pretensão punitiva é porque, implicitamente, rejeitou os pedidos da defesa.

Ressalte-se que o Julgador não está obrigado a fundamentar expressamente suas conclusões a respeito de cada prova produzida ou responder exaustivamente todos os argumentos invocados pela parte, mas tão somente apontar logicamente aquelas em que baseou seu íntimo convencimento para concluir.

Isto posto, vislumbro que a sentença impugnada, contém fundamentos suficientes que justificam a decisão do magistrado de condenar o acusado pelo delito de estupro qualificado, não havendo que se falar em inobservância ao

Acesso ao Sumário

artigo 93, IX, da CF.

Neste sentido, colaciono precedentes:

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

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – TESE DEFENSIVA – NÃO-APRECIAÇÃO PELA SENTENÇA – NULIDADE AFASTADA – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – ÔNUS DA PROVA – MERA ALEGAÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO – RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. Se a digna sentenciante reconheceu, expressamente, configurada conduta típica e antijurídica, nos termos em que propugnado pela acusação, é de se concluir que restaram afastados, ainda que indiretamente, os pleitos alimentados pela ilustrada Defesa. 2. O magistrado não está obrigado a responder, um por um, a todos os argumentos e contornos da atividade defensiva, significando implicitamente rejeitadas quando acolhida fundamentação oposta à pretendida pelo acusado. (...) (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0114.10.003305-8/001, Des. Walter Luiz, 6ª CÂMARA CRIMINAL, J. 17/04/2012, P. 25/05/2012).

Isto posto, rejeito a preliminar aventada. Passo ao mérito.

Consta da denúncia que, no dia ..., por volta das ..., na Avenida ..., Bairro ..., cidade e comarca de ..., em tese, praticou conjunção carnal com K.A.S., menor, com 15 anos de idade, constrangendo-a mediante violência e grave ameaça.

Consta ainda que, em meados do mês de ..., dentro da residência do próprio paciente, em tese, praticou conjunção carnal com K.A.S., menor, com 15 anos de idade, constrangendo-a mediante violência e grave ameaça.

Segundo apurado, o acusado J. é residente e domiciliado no mesmo bairro da vítima e em meados do mês de ... a vítima estava passando pela casa do réu quando este lhe chamou dizendo "psiu, vem aqui" e, posteriormente foi atrás dela puxando-a pelo braço e tampando a sua boca, levando-a para dentro de sua residência. Já no quarto mandou que a menor tirasse a roupa, passou sua mão no corpo e em seguida praticou conjunção carnal, penetrando seu pênis na vagina da vítima, sempre a ameaçando que se ela contasse a alguém iria matar o seu pai e usando da violência para que ela não escapasse.

Apurou-se também que, após o primeiro crime, no dia ..., o réu bateu no portão da residência da vítima e quando ela abriu, ele a agarrou pelo braço esquerdo, tampou sua boca, mandou a menor não gritar, ameaçando-a de mal pior, levou-a para dentro de sua residência e na sala praticou, mediante violência

Acesso ao Sumário

e grave ameaça, novamente conjunção carnal com a vítima, penetrando o pênis em seu órgão genital.

A vítima confirmou os dois atos, alegando que ficou impossibilitada de resistir nas duas vezes, por força das ameaças diretas de que se contasse a alguém seria pior, bem como pelo fato de não ter forças físicas diante da maior compleição do réu.

A denúncia foi oferecida em 29 de abril de 2013 (fls. 01-D/02-D) e recebida em 30 de abril de 2013 (fls. 106/107).

O acusado foi citado e apresentou resposta à acusação (fls. 191 e 129/137).

A r. sentença foi publicada em 26 de setembro de 2013 (fls. 263).

O pleito absolutório não merece guarida.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), laudo de exame de corpo de delito e de conjunção carnal (fls. 11/12), auto de reconhecimento fotográfico (fls. 47), auto de reconhecimento pessoal (fls. 64), bem como pela prova oral produzida nos autos.

Da mesma forma, a autoria delitiva se comprova pela palavra firme da vítima, corroborada pela prova testemunhal produzida.

Interrogado em Juízo, o acusado negou a prática dos fatos criminosos que lhe foram imputados pela denúncia, afirmando que nem conhece a ofendida, "*não sei se é grande ou pequena moça*"; alegou que tudo não passou de armação do genitor da vítima, em virtude de uma disputa amorosa por sua noiva, pessoa de prenome P.: "*quem está acusando não é ela, é ele, eu não tenho nada com ela, não conheço, ele toda vida teve rixa, toda vida ele queria ficar com minha noiva isso faz muito tempo, agora que as coisas ficaram nesse nível*"; depois, inquirido acerca da existência de alguma desavença com o pai da vítima, aduziu: "*A desavença era por causa de perseguição, ele queria que eu me separasse da P. para ficar com ela, da parte dele nunca tive nada para perseguição a ele, mas ele sim toda a vida me perseguiu, inclusive falando de mim, falando bobagem e inclusive eu não sabia que isso poderia ter um crime tão grave tão bárbaro como esse, na minha idade avançada estou com 60 anos eu estar passando por uma prova dessa*" (fls. 235 a 240).

A vítima K.A.S. relatou, pormenorizadamente, que foi estuprada pelo réu por duas vezes: na primeira ocasião, "*foi quando eu estava indo na casa de minha amiga e daí ele me levou na casa dele*"; na segunda oportunidade, "*meu pai e mãe tinham saído para ir à igreja e o portão estava trancado e fui ver lá fora e ele fez eu entrar em casa e...*"; explicou que, já na primeira investida, foi forçada a entrar na casa do réu porque "*ele ficou ameaçando se eu falasse para meu pai, ele ia matar meu pai*"; declarou que era virgem e que o acusado introduziu o pênis em sua vagina nas duas ocasiões; revelou que os fatos se deram à noite, afirmando que na casa do denunciado há uma cama de solteiro;

Acesso ao Sumário

admitiu ter medo do réu, esclarecendo que entre o acusado e seu pai houve uma desavença "*porque meu pai foi pintar a casa da mãe da namorada dele e nisso acho que meu pai entrou no quarto para pintar e ela falou que meu pai passou a mão na perna dela*" (fls. 209 a 213).

A testemunha de acusação W.J.D.S., pai da ofendida, declarou que tomou conhecimento dos fatos porque "*a professora pediu para eu pegar a menina na escola que ela não estava bem e ela começou a chorar e falou* '*pai não vai trabalhar, fica comigo*' *eu achei estranho e falei* '*vamos conversar*' *e a muito custo ela comentou que não estava bem, até então não comentou nada e eu fiquei duas horas conversando com ela e ela foi contando e não falou quem era a pessoa e nisso à levei à Umis [Unidade Mista e Integrada de Saúde]*"; relatou que, passados dois dias, o policial militar P.C.T. foi até a sua residência "*e mostrou umas fotos e ela disse que não era ninguem daquelas fotos e o P. comentou comigo* '*vai devagar*' *e ela contou*" *(...)* "*Ela falou ai se eu falar quem é, eu fico com medo dele porque ele disse que se eu contar ele vai matar você*"*;* depois, explicou que a filha lhe contou "*que uma vez ela saiu para ir na casa de uma amiga e ele pegou ela pelo braço e a levou para casa dele e abusou dela*; *garantindo que o abuso consistiu em penetração, sem o consentimento da ofendida, por duas ocasiões distintas; confirmou que o primeiro estupro ocorreu na residência do réu; informou que conhecia o acusado porque ele morou, certo tempo, na vizinhança, aduzindo que* '*ninguém gosta dele no bairro*'*; explicou que não falava com o denunciado porque* '*uma vez eu fui pintar a casa da sogra dele e a P. namorada dele entra às cinco horas e como eu estava pintando o quarto dela e abri a porta e no caso era para alguém falar que ela estava dormindo e nisso quando eu entrei ela levantou e nisso saiu uma rixa entre a sogra e não se davam com ele e até então teve essa briga e ele ficou sabendo que eu entrei no quarto e não aconteceu nada de mais*'" (fls. 203/208).

O policial militar P.C.T. relatou que "*estava em serviço juntamente com o Cabo Z. e atendendo uma ocorrência no Pronto Socorro quando tomei conhecimento que tinha uma vítima de violência sexual, era menor de idade e eu conhecia o pai dela, a gente fez umas perguntas e viu que ela não queria conversar e o pai conhecia de vista a pessoa. Nós fizemos a ocorrência normal e perguntei se de noite poderia ir à casa dela pois ia levantar maiores detalhes e pedi para a policial E. para falar com ela e ela não se abriu e eu tenho um álbum de foto da região para mostrar à vítima de possíveis violentadores e ela não reconheceu de imediato nenhum e quando eu estava na* '*C*' *ela perguntou se a pessoa de letra* '*J*' *já tinha acabado e não emiti opinião e mostrei a letra* '*C*' *e quando chegou na letra* '*J*' *terminou não esboçou nenhuma reação e a hora que terminou ela pediu para falar comigo lá fora, longe do pai dela e falou comigo quem era essa pessoa e ela tinha medo, pois a pessoa tinha ameaçado o pai dela e falei* '*então você conhece essa pessoa, você poderia mostrar onde essa pessoa mora?*' *e ela falou posso e saí andando com ela no bairro e ela mostrou a casa do réu e quando foi chegando é uma casa que não chega a ser*

Acesso ao Sumário

cem metros da casa dela, ela mostrou a casa e eu falei 'você pode chegar de frente à casa' e chegou e me recordo que tinha areia na porta"; em seguida, recordou: "eu retornei para a casa dela e pedi para ela falar para o pai dela e sei que é uma situação difícil falar para o pai que sabia quem era o estuprador e eu pedi para ela acreditar em mim e ela conhecia eu e minha família e falei que ia prender ele se ela quisesse e a viatura também ia dar apoio. Ela voltou à residência dela e conversou com o pai dela e eu falei que tenha paciência que vamos dar uma volta no bairro e saí e falei 'senhor conhece essa pessoa?' e ele falou 'conheço, o J. conheço de vista e disse ainda eu tive um entrevero com o réu ele tinha falado que tinha tido um entrevero e o pai falou o mesmo nome e era o J. e que tinha um Ford pampa verde. No dia seguinte eu encontrei um conhecido e perguntei se conhecia o J. e ele deu o nome completo, eu fui à delegacia e falei para doutor M. e até que eu conhecia essa pessoa e nisso a vítima ligou tremendo e falou se eu não podia ir lá, eu fui à casa dela e ela tinha contado para o pai dela e de novo ela falou que não tinha sido a primeira vez e ela contou que a primeira vez tinha sido quinze dias antes e o réu mexia com ela pelo ombro e ele pegou e a levou para casa dele e a violentou no quarto o dele ela colocou no papel e passou quinze dias o segundo estupro foi na casa dela e a hora que ela saiu no portão ele já segurou ela pelos braços e a levou para dentro e estuprou no sofá que no dia seguinte o doutor Marcel imprimiu a foto do rapaz me chamou até para contar que tinha descoberto e eu levei eles até a delegacia e foi quando ela reconheceu, por foto"; afirmou que no momento em que exibiu a foto do acusado para a vítima, ela imediatamente o reconheceu, passando a chorar; assegurou que a ofendida nunca demonstrou incerteza em apontar o réu como autor dos fatos e que "foi comentado pela própria criança e depois confirmado pelo pai que o réu em momento antes tinha acusado o W. de ter mexido com a esposa dele, foi uma desavença verbal, até a menina falou que a raiva que o réu tinha do pai dela, por isso fez isso"; por fim, informou desconhecer se a vítima namorava: "Que eu saiba não eu nunca vi a menina namorando ninguém, ela tinha 15 anos" (fls. 214/219).

A testemunha de defesa M.A.G., não presenciou os fatos, apenas atestando a conduta do apelante, disse que o réu é namorado de sua filha, ficou sabendo dos fatos através de uma vizinha, que falou que tinha um estuprador no bairro que estava na internet, mas não disse que estavam acusando o réu, ficou sabendo somente que era ele quando de sua prisão. Conhece o acusado há dez anos, ele trabalhou em uma casa em frente à sua e travaram conhecimento e ele começou a namorar sua filha e foi residir em sua casa. Asseverou que foi vizinho de W. e a amizade era bom dia e boa tarde. Quando o contratou para trabalhar em sua casa a esposa dele estava doente e a moveu a contratá-lo, o que se arrependeu, pois ele não sabe respeitar ninguém, fazia muita graça, falava que precisava ter conhecido antes a P., que tinha obsessão por ela. Disse que "*eu não gosto de brincadeira e ele sempre com brincadeira sem graça, com ele até o dia que ela não falava, até o dia que passou do limite e foi direto no quarto dela e*

Acesso ao Sumário

quando abriu a porta e ela gritou com ele e ele veio com '*desculpa, desculpa, desculpa*' *e saiu e, naquele dia trabalhar no telhado e em vez de colocar a escada onde dá acesso ao telhado, colocou a escada em frente ao vitrô e ficou olhando quando ela ia entrar no banheiro, ele falou que ia pintar o quarto e ele já tinha pintado o quarto e não tinha como disfarçar*". Mencionou que foi atrás de pessoas mas que elas não querem se envolver. Tem conhecimento que ele sempre faz gracinha com qualquer tipo de mulher pessoas e dentro de casa começou com brincadeira com sua cunhada que é avó, como pode confiar numa pessoa assim (fls. 220/225).

A testemunha de defesa O.A.M., J.B.B. e E.C.F. não presenciaram os fatos, apenas abonando a conduta do acusado e mencionando a perseguição do pai da vítima ao acusado (fls. 226/228, 229/231 e 232/234).

Assim vista a prova, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Ao analisar detidamente o conjunto probatório, não há dúvidas que os fatos narrados na inicial ocorreram e foram praticados pelo acusado.

No caso, têm-se as declarações seguras, verossímeis e sólidas da vítima, em tudo confirmadas pelos depoimentos das testemunhas W.J.D.S. e P.C.T.

Todo esse contexto probatório, de forma inequívoca, demonstra a veracidade dos fatos narrados pela vítima.

A vítima bem descreveu a dinâmica dos fatos, apontando o acusado com firmeza como o autor dos crimes, disse que já conhecia o réu e que a estuprou por duas vezes, na primeira ele a forçou a entrar na casa dele e fez ameaças de que se falasse para alguém mataria o seu pai, dentro da casa, mandou tirar a roupa, deixando-a totalmente nua e a penetrou, asseverou que era virgem. Na segunda vez, encontrava-se sozinha em casa, foi até o portão quando ele a fez ingressar na residência, ameaçando-a e a penetrou novamente introduzindo o pênis em sua vagina.

A palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual assume extrema importância, ainda mais quando se encontra em consonância com os outros elementos de prova.

Acesso ao Sumário

A propósito, trago à baila julgado neste sentido:

TJSC: "*As declarações da vítima, ainda que menor, goza de presunção de veracidade nos crimes contra os costumes, porquanto, tais delitos, via de regra, são cometidos na clandestinidade, na presença unicamente de seus protagonistas, razão pela qual tomam vulto, se coerentes e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos*". – (JCAT 98/363).

Neste sentido é o entendimento do STJ:

"*[...] II. O Juiz monocrático consolidou o seu convencimento não apenas no depoimento pessoal da vítima, tendo igualmente embasado a sentença nas*

demais provas produzidas nos autos que demonstram a materialidade e apontam a autoria do delito. III. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. IV. Decisão combatida que foi proferida em consonância com a jurisprudência firmada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, inexistindo divergência jurisprudencial que permita o conhecimento de recurso especial ou extraordinário, nos termos da Súmula nº 83 desta Corte e 286 do STF....". (HC 59746/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. DJ. 13.11.2006).

Ora, não há qualquer razão nos autos para não dar credibilidade às declarações da vítima, nem mesmo para crermos que ela teria motivos para incriminar falsamente um inocente.

Ademais, não se pode olvidar que nos crimes contra os costumes, geralmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de alto valor probante e devem ser tomadas com especial atenção, em detrimento das declarações do acusado, desde que se revelem coerentes, verossímeis, encontrem amparo em outras provas e delas não se infira o torpe propósito de acusar um inocente, como *in casu*.

Neste sentido a jurisprudência:

"*Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.*" (TJSP RT 671/305-6).

"*(...) 1. '... a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios*' (HC 47212/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 13.3.06). (...)." (REsp 401028/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 22.3.2010).

"*(...) I – A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes). (...).*" (HC 135972/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 7.12.2009).

Em caso análogo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO TENTADO. RECURSO DEFENSIVO. [...] PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. PALAVRA DA VÍTIMA SEGURA E COERENTE. VALIDADE

Acesso ao Sumário

INCONTESTE. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS. VALOR PROBATÓRIO RELEVANTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (Ap. Crim. n. 2011.063590-0, de Trombudo Central, j. 3/11/2011).

Ou ainda, conforme recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO. ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE QUANDO PRESENTES PROVAS OUTRAS NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALEGADA NULIDADE INEXISTENTE. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo (HC 177.980/BA, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 28/6/2011).

"*[...] 2. É assente tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive desta Corte de Justiça, que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, se firme e coerente, merece especial relevo, restando apta a embasar decreto condenatório, mormente quando corroborada por outros meios de prova [...]*". *(Acórdão n. 572285, APR 20100710334275, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 08/03/2012, DJ 19/03/2012 p. 258).*

A corroborar com a versão da vítima temos o depoimento da testemunha W., pai da vítima, asseverando que foi pegar sua filha na escola e ela não estava bem, disse que havia sido estuprada, mas não revelando quem, pois o réu a ameaçou. Levou ao Hospital e depois o policial Paulo foi até sua casa e mostrou umas fotos para sua filha, não reconhecendo ninguém, no entanto contou para o policial todo o ocorrido e dizendo quem era o autor do crime. Disse que sua filha era virgem, que foi estuprado por duas vezes, sendo a primeira na casa dele (acusado) e depois em sua própria casa.

Ademais o policial Paulo disse que a vítima lhe contou, longe de seu pai, pois temia pela vida dele, caminhavam pela rua e ela apontou a casa onde morava o réu. Perguntou ao pai dele se conhecia quem morava naquela residência, indicando o réu J. e alegando que já tiveram um entrevero. No dia seguinte a vítima ligou lhe dizendo que havia contado a seu pai quem era o autor do crime e que tinha acontecido duas vezes, sendo a primeira no quarto dele e a segunda na casa dela. Na delegacia fez o reconhecimento fotográfico do réu, chorando de imediato. O pai da vítima teve uma desavença com o réu, depois de o réu dizer que W. havia mexido com sua namorada P..

Acesso ao Sumário

Como se sabe, inquestionável a validade dos depoimentos prestados por policiais. Nossos tribunais, inclusive, têm decidido reiteradamente pela ampla

validade dos aludidos depoimentos, ou seja:

PROVA – Testemunha – Policial Militar – Validade – Reconhecimento – Impossibilidade de invalidar o depoimento de Policial Militar, por suspeito ou impedido de depor, só porque ostenta essa qualidade, uma vez que, seria incurial, um verdadeiro contrassenso, o Estado credenciar alguém como seu agente e, ao depois, quando este prestasse conta de suas diligências, fosse taxado de suspeito – Recurso improvido. (Apelação Criminal n. J. 103.338-3/6 – São Paulo – 9º Câmara Criminal – Relator: Ubiratan de Arruda – 30.1.2008 – V.U.).

Cumpre ressaltar que o depoimento do policial também merece ser considerado como prova, pois, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, as declarações de tais agentes públicos possuem relevância e autorizam a condenação, quando isentos de má-fé ou suspeição, e apoiados nos demais elementos de prova, como na hipótese.

Nesse sentido:

As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante (Ap. Crim. (Réu Preso) n. 2010.079995-7, de Jaraguá do Sul, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

E nem se fale que os depoimentos das testemunhas ouvidas no processo não servem como meio de prova, porque apenas tomaram conhecimento dos crimes através das declarações da própria ofendida, pois a prova pessoal indireta é válida a embasar a formação do convencimento do Juiz.

Aponte-se, ainda, que explicação apresentada pelo apelante para o fato de estar sendo acusado se mostrou totalmente descabida, não encontrando amparo em nenhum outro elemento probatório.

As testemunhas de defesa nada acrescentaram de relevante, uma vez que não presenciaram os fatos, procurando imputar ao pai da vítima uma suposta perseguição em virtude de uma desavença havida entre os dois por causa de uma pessoa chamada P..

Ademais a alegação defensiva de que a acusação da vítima é fundada em razão de desavenças existentes entre o pai da vítima e o acusado só pode ser entendida como mero meio de autodefesa, no intento de descredibilizar a incontestável prova acusatória a fim de afastar sua responsabilidade criminal.

O que de fato importa é que a vítima não teria motivos para inventar a falsa imputação, assim como não teria razão alguma para indicar uma data precisa (e falsa) para o fato. Nada indicando tratar de uma falsidade urdida pelo pai da menina, expondo sua filha a tamanha humilhação.

Acesso ao Sumário

A firmeza e coerência extraída do relato ofendida desautoriza crer na alegação de acusação mentirosa, não há como crer que o discurso lógico e coerente apresentado pela vítima decorra de ensaio, seja pela diversidade de questionamentos e fatos abordados detalhadamente, seja, repita-se, pela inexistência de exageros ou contradições relevantes nos extensos depoimentos da vítima.

Ora, a doutrina e a jurisprudência já consolidaram o entendimento de que, *nos crimes contra a liberdade sexual, em regra praticados às escondidas, justamente para o extravasamento da selvageria com que são cometidos, as palavras das vítimas, mesmo quando menores, têm especial valor, servindo como principal, quando não o único elemento de prova e, se firmes e coerentes, dão o lastro necessário para a condenação, ainda mais corroborada por outros indícios e circunstâncias* (vide RT 671/305).

Outrossim a defesa sequer arrolou a tal "P.", para confirmar a versão do acusado.

Não há nos autos prova ou indício de que pretendesse prejudicar o réu, não se podendo retirar a coerência e a força das suas narrativas. Então, os fatos contados pela vítima e testemunhas, somados ao medo decorrente das ameaças, são indicativos conclusivos do delito cometido.

A circunstância de ter o laudo de exame de corpo de delito constatado rotura himenal não recente não favorece o apelante, pois a primeira prática ilícita objeto dos autos teria ocorrido em um lapso temporal de quinze dias.

Ademais, a ofendida referiu que foi deflorada pelo acusado, bem como que não teve contato corporal com outro homem, relato que encontra apoio na prova oral dos autos.

O laudo de exame de corpo de delito e de conjunção carnal revelou que o hímen foi "reduzido a carúnculas mirtiformes, com rotura completa e recente, apresenta tumefação e hiperemia local" (fls.11/12).

Convém registrar, também, que em graves crimes como o dos autos, as consequências desastrosas para a vítima são inegáveis, não se exigindo laudo psicológico para constatá-las.

Acesso ao Sumário

Por conseguinte os aspectos da questão foram amplamente analisados e sopesados na sentença, ressaltando que a vítima, foi firme e coerente, apontando J. como o autor do abuso sexual a que foi submetida.

De outro lado, não se encontra nos autos nenhum outro indício apto a afastar a higidez do laudo pericial e a veracidade das versões apresentadas pela vítima, cabendo asseverar que o réu socorreu-se somente na negativa de autoria, não trazendo um mínimo de provas a contrariar as evidências apontadas.

Assim, de rigor a condenação do apelante pelo delito capitulado no artigo 213, § 1º do Código Penal.

Por fim, como bem anotou o Procurador de Justiça, deve ser reconhecida a continuidade delitiva eis que ao que se depreende do depoimento da vítima o fato ocorrido duas vezes, sendo uma na residência do apelante e outra na casa da ofendida.

As infrações são da mesma espécie, tratando-se, em verdade, de crimes idênticos (estupro), os quais foram praticados com a mesma maneira de execução e com exíguo lapso temporal entre eles (os fatos apurados ocorreram num intervalo de 15 dias, aproximadamente), de modo que o primeiro deve ser havido como continuação do segundo.

Cumpre consignar que o apelante foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, para cada um dos delitos, na forma do artigo 69, do Código Penal, totalizando a pena em 20 (vinte) anos de reclusão.

Passo a fixar a pena.

Atendendo as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo, para cada um dois crimes, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão.

Tendo o magistrado fundamentado o aumento acima do mínimo em razão do réu ter praticado o crime motivado pelo desejo de vingança contra o genitor da vítima, sem contar que provocou sérias consequências na adolescente que perdeu a virgindade e sofreu grave abalo psicológico, inclusive diante da ameaça de morte proferida pelo acusado em desfavor de seu pai (fls. 360).

No entanto, não foi comprovado nos autos o motivo pelo desejo de vingança contra o genitor da vítima e os motivos, circunstâncias e consequências do crime são inerentes ao tipo penal, que, por isso, são mais gravemente punidos.

Não havendo agravantes ou atenuantes, nem causa de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, as penas permanecem inalteradas.

Assim, tomo a pena de um só dos crimes, posto que idênticas, e a aumento em 1/6 (considerando que foram duas as infrações praticadas), definitivamente, em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

O regime de cumprimento de pena, consoante o art. 33, § 2º, "a" do CP é o inicialmente fechado.

DO PREQUESTIONAMENTO

A Defesa prequestionou, para todos os efeitos, o art. 1º do Código Penal e o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme já exposto, a legalidade da decisão recorrida foi exaustivamente examinada, cabendo destacar que a sentença foi proferida em estrita observância ao princípio da legalidade, garantindo ao acusado os direitos constitucionais e legais e individualizando a pena de acordo com o previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe ressaltar que o julgador não está obrigado a tecer minúcias acerca

Acesso ao Sumário

de todas as teses de defesa aventadas ou a indicar em sua decisão todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados, bastando apreciar as questões que forem impugnadas, justificando seu convencimento.

Manifestando-se sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: *No que tange ao "prequestionamento numérico", é posicionamento assente nesta Corte de que não é necessário ao julgador enfrentar os dispositivos legais citados pela parte ou obrigatória a menção dos dispositivos legais em que fundamenta a decisão, desde que enfrente as questões jurídicas postas na ação e fundamente, devidamente, seu convencimento.* (AgRg no REsp 1305728/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Assim, estão devidamente examinadas as questões postas para julgamento.

3 – Ante o exposto, afasto a preliminar arguida, e dá-se parcial provimento ao recurso interposto por J.S.N.F., tão somente para reconhecer a continuidade entre os delitos, reduzindo a pena para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004675-80.2011.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante FRANCISCO MOREIRA DA SILVA, 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 "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 28.419)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. AGENTE QUE EXPÔS À VENDA CD'S E DVD'S FALSIFICADOS. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CONTRAFAÇÃO. TESES DEFENSIVAS AFASTADAS. APELO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 117/118, prolatada pela MMª. Juíza de Direito, Drª. BARBARA CAROLA HINDERBERGER CARDOSO DE ALMEIDA, ora adotado, acrescento que a ação penal foi julgada procedente para condenar FRANCISCO MOREIRA DA SILVA à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de dez dias-multa, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal.

Inconformado, apela o réu. Pretende a absolvição com base no *princípio da insignificância*, bem como a aplicação da suspensão condicional do processo (fls. 128/130).

Processado regularmente o recurso, com contrarrazões (fls. 134/136) sustentando a r. sentença, os autos subiram a esta egrégia Corte.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do apelo (fls. 143/147).

É o relatório.

Consta da denúncia que em dia, hora e local, nela indicados, FRANCISCO MOREIRA DA SILVA expôs à venda, com intuito de lucro, 121 (cento e vinte e uma) cópias de DVD's diversos, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral.

Segundo o apurado, policiais civis realizavam patrulhamento de rotina, oportunidade em que abordaram FRANCISCO, que expunha à venda 121 (cento e vinte e uma) cópias de DVD's diversos, reproduzidos de forma ilegal.

Realizada a perícia (fls. 07/09), houve a constatação de que os DVD's apreendidos não eram originais (fls. 01-d/02-d).

A materialidade do delito está comprovada pelo Boletim de Autoria Conhecida (fls. 04/05), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 06) e Laudo Pericial que atestou a contrafação (fls. 08/14).

A autoria é incontroversa.

Na Delegacia, FRANCISCO MOREIRA DA SILVA não compareceu e nem justificou a sua ausência, apesar de ter sido devidamente intimado (fls. 19).

Em Juízo, confessou que praticou o crime descrito na denúncia. Falou que tinha comprado o material na Rua 25 de Março. Acrescentou que sabia da pirataria (fls. 104).

A confissão é a prova por excelência. É a *probatio probatissima* a que se referiu GARRAUD (Compêndio de Direito Criminal, trad. T. Menezes, vol. II, 1.915, pág. 207). Em princípio, é tudo de que se necessita para se ter por demonstrada a autoria de um delito, desde que seja verossímil, seja certa, clara, persistente e coincidente com outros elementos. De outro lado, é preciso se

Acesso ao Sumário

tenha produzido de maneira livre e espontânea e não tenha o confitente objetivos outros, que não o de elucidar a verdade.

Em Juízo, WAGNER ROMERO COSTA e NELSON LUIZ BUENO DE LIMA, investigadores de polícia, confirmaram que o réu foi detido na posse de DVD's piratas expostos à venda (fls. 104).

Como se vê, as testemunhas da acusação, policiais militares, foram firmes e coesas em suas declarações, que são harmônicas entre si.

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.

Nada há nos autos que desmereça ou coloque sob suspeição o depoimento policial, o que lhe confere merecida credibilidade. Como se sabe, não há qualquer impedimento de ordem moral para afastar o seu testemunho de agentes da lei. Confira-se:

> *Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunho ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes.* (*RT* 411/266)

No mesmo sentido: *RT's* 730/632-3, 730/569, 716/479, 715/439, 616/286, 609/324, 594/392, 591/313, 558/313, 554/420, 526/445, 433/386 e 394/282.

Neste 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

Acesso ao Sumário

NAVARRO, Comarca: São Paulo, data do julgamento: 06.06.2013)

Não foram ouvidas testemunhas defensivas.

Assim, de fragilidade do conjunto probatório não há que se cogitar, até mesmo por causa da confissão do réu, tampouco em ausência de dolo ou ainda atipicidade de conduta, vez que a proibição da venda de produtos "piratas" é fato notório, alvo de campanhas maciças em todos os meios de comunicação, atingindo a todas as camadas sociais.

Conforme a ensinança de ELIANE Y. ABRÃO, em *Direitos de Autor e Direitos Conexos,* Editora do Brasil*:*

> "*direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. São direitos patrimoniais de autor aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra do modo que convier a seu titular, observados os preceitos de ordem pública. Dentre os direitos patrimoniais do autor, o mais importante é o de reprodução. Por reprodução deve-se entender cópias idênticas de qualquer obra fixada em suporte tal que se lhe permita a extração dos exemplares...*"

Para a caracterização do crime de violação de direito autoral basta que o agente exponha à venda, com intuito de lucro, mercadorias reproduzidas com violação ao direito autoral. Não é necessária a identificação de cada um dos sujeitos passivos, ou seja, dos autores, intérpretes, produtores, entre outros.

Nesse sentido:

> "*VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Caracterização – Agente que expõe à venda duzentos e nove CDs e cento e vinte DVDs falsos – Autoria e materialidade comprovadas – Absolvição – Impossibilidade – Ausência de indicação dos títulos e dos autores – Irrelevância – Alegação de inocência ante o pouco estudo e idade próxima dos sessenta anos – Inadmissibilidade – Condenação de rigor – Recurso não provido neste aspecto.*" (Apelação Criminal n° 990.08.161737-4 – Angatuba – 11ª Câmara de Direito Criminal – Relator NILSON XAVIER DE SOUZA – 10/02/2010 – Votação: Unânime – Voto n°: 13685)

A conduta está devidamente tipificada, uma vez que o réu foi surpreendido expondo à venda os produtos "piratas", nos termos do art. 184, § 2º, do Código Penal, de modo que essa atividade ilícita causa graves prejuízos àqueles que efetivamente têm o direito autoral e que dependem dessas vendas para sua sobrevivência e de seus familiares.

Justamente para proteger esse direito do autor é que existe a legislação específica, uma necessidade social dirigida ao bem comum e o contrafeitor deve ser responsabilizado. Ele sim está obrigado a adequar-se aos ditames legais.

Por outra banda, sobre a matéria em questão e o *princípio da intervenção*

Acesso ao Sumário

mínima, mutatis mutandis, já foi decidido:

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL – ARTIGO 184, § 2º, DO CPB – EXPOR À VENDA CD'S E FITAS CASSETES PIRATAS – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – INAPLICÁVEL AO CASO – RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO – LEI 10.695/03 – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Responde pelas sanções do artigo 184, § 2º, do Código Penal, o agente que, com intuito de lucro direto, vende e expõe à venda cópias de CD's e fitas cassetes reproduzidos com violação ao direito do autor, do direito de artista intérprete ou executante, ou do direito do produtor de fonograma.* ***O princípio da intervenção mínima não tem o condão de afastar a aplicabilidade do disposto no artigo 184, § 2º, do CPB, posto que a significância da conduta de "expor à venda" produtos "piratas", a lesividade para a convivência harmônica da sociedade e a relevância do direito autoral, bem jurídico tutelado constitucionalmente (art. 5º, XXVII), demonstram a necessidade de responsabilização penal dos agentes infratores****. A desconsideração da referida conduta típica para pessoas materialmente menos favorecidas ao contrário de se tornar uma solução para problemas econômicos e sociais, iria agravá-los, uma vez que as conseqüências da pirataria atingem não somente os autores e artista, causando o aumento do desemprego, em prejuízo de toda a sociedade. A Lei 10.695/03 que elevou a pena mínima cominada ao delito previsto no artigo 184, § 2º, do CPB, é constitucional, não traduzindo a referida elevação qualquer ofensa ao princípio da individualização da pena.* (Apelação Criminal n.º 1.0223.03.125328-7/001 – Divinópolis/MG – Julgamento: 08/11/2005 – Publicação: 18/11/2005).

Por fim, o aventado *princípio da insignificância* ou a figura do crime de *bagatela* não está previsto em nossa legislação penal.

O Juiz, em virtude do consectário da legalidade, é um escravo da lei, de vez que o direito se consubstancia num conjunto de normas obrigatórias. Resulta daí que em hipótese nenhuma pode julgar contra elas.

Acesso ao Sumário

Ensina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que a Justiça não pode deixar de cumprir as leis do País (*in* "Jurisprudência Criminal", vol. II, 3ª ed., p. 312). Tal ensinança nos lembra passagem de SÓCRATES que, quando convidado a fugir para evitar a morte, respondeu nobremente: "*É preciso obedecer às leis da cidade, prescrevam elas seja o que for*".

GROPPALI entende que o "*Direito é constituído por um conjuncto de normas irrefragavelmente obrigatórias, que, munidas de sancção e feitas valer pela auctoridade do Estado, regulam as acções dos individuos e dos grupos sociaes, com o fim de assegurar o respeito, a retribuição, o socorro mutuo e a subordinação das pessoas nas relações mais importantes da vida social*" ("*Philosophia do Direito*", Trad. de SOUZA COSTA, Ed. Livraria Clássica,

Lisboa, 1926, p. 269/270).

Se, de um lado, o Direito é um conjunto de normas obrigatórias, de outro, como lembra ORLANDO GOMES em sua obra "Introdução ao Direito Civil", o juiz é um verdadeiro escravo da lei e, por via de consequência, não tem o poder de julgar contra ela. Adverte o citado mestre que a tese contrária é de aspiração doutrinária contestável e, sobretudo, perigosa (obra e autor citados, 3ª ed., p. 53).

MÁRIO GUIMARÃES observa: "*Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação.*" Mais adiante arremata: "*Admitir possa o magistrado tornar prevalente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fôra superpor a sua vontade individual à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários*" (*O Juiz e a Função Jurisdicional*, 1ª ed., 1958, p. 330-1).".

A jurisprudência não discrepa desse entendimento: "*Ao Magistrado cabe dizer o Direito e não criá-lo. E isto a Constituição delegou a outro Poder, o Legislativo, a quem cabe o poder de legislar, vedado ao Juiz, na função judicante, criar causas outras, não previstas na legislação ordinária ou extraordinária, como causa obstativa do Direito de punir do Estado*" *(RJDTACrim* – 20/223*)*.

Ademais, cumpre ponderar que *princípio da insignificância* não pode ser considerado sinônimo de impunidade.

Ora, se o Poder Judiciário, por entender que haja irrelevância penal, admitir que os malfeitores possam praticar o crime de violação de direito autoral, estará estabelecendo uma premissa extremamente perigosa a estimular a prática de tal delito. A tipicidade configurada deve ser respeitada e aplicada pelo juiz, que está obrigado a proferir sentença condenatória em casos tais.

Assim tenho votado em todos os casos em que essa tese da *atipicidade pela insignificância* foi sustentada.

Não bastassem os argumentos acima, agora anoto, por oportuno, que numa das últimas sessões do colendo Supremo Tribunal Federal foi enfrentada essa mesma questão e foi rejeitada porque se tratava de reiteração criminosa, oportunidade em que ainda ficaram vencidos dois dos Ministros que participaram do julgamento, os quais concediam a ordem.

Então é de se perguntar: Como ocorrerá reiteração criminosa se nós absolvermos por atipicidade? Obviamente não se poderá falar nem mesmo em maus antecedentes, em isso ocorrendo.

Qual seria o limite para se estabelecer o que é valor irrisório? Não há como predeterminá-lo. Lembro que em data também mais ou menos recente foi entendido como valor irrisório o que equivalia, se não me engano, a pouco

Acesso ao Sumário

mais de R$ 100,00 (cuidava-se de um aparelho eletrônico). Esse entendimento, repito, contraria expressamente a Lei Penal porque não há base legal para se sustentar uma decisão que absolve por atipicidade um fato que está descrito como crime.

Obviamente seria diferente se cuidássemos de um palito de fósforo, palito de dente, copo plástico descartável, etc. Enfim, qualquer coisa que efetivamente não tivesse valor algum.

Tem mais.

Para reforçar e nocautear de vez essa tese que me parece teratológica, com o devido respeito, lembro também que, em data recentíssima (provavelmente no final de maio último), foi apresentado *habeas corpus* perante nossa Corte maior, no qual o impetrante sustentou que o valor de R$ 16.000,00 é irrisório visto que a Fazenda Nacional não executa quantia inferior a R$ 20.000,00 porque as despesas com o processo não justificariam tal cobrança.

Correta, portanto, a r. sentença condenatória.

As penas e o regime foram aplicados de forma adequada e justificada.

Também não há que se cogitar em concessão da suspensão condicional do processo, pois, no caso em tela, a pena mínima fixada no tipo penal é superior a um ano e, portanto, não se enquadra nos requisitos do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Posto isso, nego provimento ao apelo defensivo, mantida a r. sentença também por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001467-02.2003.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JUVENAL SIRINO DUARTE.

ACORDAM, em 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.067(0))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Homicídio qualificado tentado, com ocorrência, outrossim, de "aberratio ictus" – Questionário – Absolvição do réu pelos jurados – Vício do questionário, em sua primeira série, por antecipação do quesito da absolvição em relação ao inerente à desclassificação. Nulidade absoluta.

Apelo ministerial provido.

VOTO

Inconformado com a respeitável decisão do E. Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, que absolveu o apelante da prática de crime doloso contra a vida, relegando o delito conexo para julgamento pelo juiz singular, interpôs, o Ministério Público, recurso de apelação.

Postula a anulação do julgamento, aduzindo preliminar de nulidade, uma vez ignorada, na realização do questionário, a ordem legalmente estabelecida para os quesitos, além do que certa a ocorrência de cerceamento acusatório. No mérito, sustenta que proferida decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

O recurso foi regularmente processado.

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento do apelo para anular o julgamento por vício de questionário, com submissão do apelado a novo júri.

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 27 de junho de 2003, por volta de 01h00, na Rua Messias Augusto da Silva, número 33, na Capital do Estado de São Paulo, Juvenal Sirino Duarte, por motivo fútil, tentou matar José Augusto dos Santos, mediante disparos de arma de fogo, sendo que, por erro de execução, um dos projéteis atingiu André Ricardo Martins, produzindo-lhe lesões corporais.

O crime não teria se consumado por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, já que não atingida a vítima visada; José Augusto, a vítima atingida, socorrida, sobreviveu.

É ainda da denúncia que, nas mesmas circunstâncias acima descritas, Juvenal Sirino Duarte possuía uma arma de fogo, não apreendida, de características desconhecidas.

Em 06 de outubro de 2005, sobreveio respeitável decisão julgando procedente a denúncia, para pronunciar Juvenal Sirino Duarte a fim de que fosse julgado pelo Júri como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, inciso II, combinado com artigo 14, inciso II, e com o artigo 73, todos do Código Penal.

Os jurados, levado o réu a Plenário – provido recurso em sentido estrito

Acesso ao Sumário

do Ministério Público para admissão da inicial acusatória em sua inteireza, ou seja, com inclusão do delito previsto no artigo 10 da Lei 9437/97 –, entenderam por bem absolvê-lo, respondendo "sim", por maioria, ao 2º quesito da 1ª série, inerente à imputação da prática de crime de homicídio tentado em face de José Augusto dos Santos, restando prejudicados os demais quesitos da referida primeira série, bem assim os da 2ª, inerentes ao delito em que vítima André Ricardo Martins; o delito conexo, a seu turno, viu-se relegado a exame do juiz singular.

Sustenta o Ministério Público a ocorrência de vício do questionário, a redundar em nulidade.

No que lhe assiste razão.

No presente caso, colhe-se da ata de Sessão de Julgamento que sustentada, pela D. Defesa, tese subsidiária de desclassificação do delito contra a vida, ao argumento de que ausente o "animus necandi" da parte do apelado.

Assim sendo, impossível antecipar a votação de tese absolutória em relação à desclassificação.

Reza o parágrafo 4º do artigo 483 do Código de Processo Penal que, sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º ou o 3º quesito, conforme o caso.

Desta forma, como bem anotado pela Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, "O Meritíssimo Juiz de Direito presidente desrespeitou, por outro lado, a ordem legal dos quesitos para supostamente respeitar a soberania do Júri, argumento inaceitável porque o Conselho de Sentença só seria soberano se fosse o competente para julgar..." (fl. 344).

A determinação do bem jurídico violado pela conduta delitiva – vida ou integridade física – é determinante da atribuição positiva ou negativa da competência constitucional do Tribunal do Júri, a autorizar a conclusão de que só há que se cogitar de plenitude de defesa, em sede de tribunal do júri, se reconhecida, pelos jurados, a prática de crime doloso contra a vida ou conexo.

Acesso ao Sumário

Em voto da lavra do E. Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, da 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferido em sede de apelação, sob o nº 1.0012.05.002800-5/002, j. 26/02/10, Publ. 26/02/2010, faz-se menção ao que preleciona Guilherme de Souza Nucci *in* Tribunal do Júri, São Paulo, RT, 2008, p. 227: "Destaquemos que as teses referentes à desclassificação do delito devem ter prioridade em relação às teses que dizem respeito ao crime doloso contra a vida. Em outros termos, quando a defesa alega ter o réu concretizado delito diverso do que lhe foi imputado, é preciso questionar o Conselho de Sentença sobre isso, em primeiro plano, como regra, pois se está indagando acerca de sua própria competência".

No mesmo sentido, Damásio de Jesus *in* Código de Processo Penal Anotado: 23ª ed. ver. Atual. e ampl.. De acordo com a reforma do CPP, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 481: "Ordem de formulação dos quesitos: 1º) Materialidade do fato (*caput*, inc. II); 2º) Autoria ou participação (*caput*, inc. II); 3º) Teses desclassificatórias (§ 4º); 4º) Se o acusado deve ser absolvido (*caput*, inc. III e § 2º); 5º) Causas de redução de pena (dentre as quais o privilégio no crime de homicídio – CP, art. 121, § 1º) – *caput*, inc. IV e § 3º; 6º) Qualificadoras (*caput*, inc. V); 7º) Causas de aumento de pena (*caput*, inc. V)".

Ainda, mencionado no mesmo voto, o ensinamento de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: "Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca dessas questões, para ser respondido após o segundo quesito (...) Sustentado o homicídio culposo, ou seja, não intencional, o juiz formulará quesito apropriado para ser respondido logo após o segundo quesito.

Na mesma toada, voto proferido em sede de Apelação sob o nº 0006198-84.2007.8.26.0268, da 5ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, Rel. Sérgio Ribas, com declaração de voto vencedor do E. Des. Juvenal Duarte, j. 1º/08/2013.

Em artigo intitulado "Tribunal do Júri: A Nova quesitação", seguem na mesma linha as ponderações do D. Procurador de Justiça Delmar Pacheco da Luz: "(...) 5 – Teses defensivas desclassificatórias – desclassificação própria. Quando a defesa sustentar em plenário ou se inferir do interrogatório (parágrafo único do art. 482) tese que importe em desclassificação da infração constante da pronúncia para outra de competência do juiz singular, deverá ser formulado o quesito correspondente após o 2º ou 3º quesito, conforme o caso (art. 483, § 4º).

Se a tese sustentada importar na chamada desclassificação própria, o momento de sua formulação será após o 2º quesito, ou seja, quando reconhecidas apenas materialidade e autoria. Neste caso, como diz respeito à própria competência do Conselho de Sentença para continuar julgando o crime, deve o quesito correspondente sempre preceder o previsto no inciso III do art. 483, que é o do julgamento do mérito. É o caso aqui da tese negativa de dolo – direto e eventual – no homicídio consumado (Exemplo: réu denunciado por homicídio doloso no trânsito, cuja tese defensiva é a negativa de dolo, tanto direto quanto eventual (...))".

A hipótese, portanto, é de acolhimento do inconformismo ministerial, certo que a inversão da ordem dos quesitos implicou comprometimento do julgamento.

No presente caso, com nítido cerceamento acusatório.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo ministerial, para, anulado

Acesso ao Sumário

o júri, determinar a submissão do apelado a novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011864-94.2010.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes WILLIAM GOMES DOS SANTOS e RENAN JAUBERT DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – TENTATIVA DE ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES – PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE – PROVA TESTEMUNHAL – APREENSÃO DO BEM FURTADO EM PODER DOS ACUSADOS – CONFISSÃO – CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA – PENAS FIXADAS NO PISO – AUMENTO DE 1/3 PELA CAUSA DE AUMENTO DO CONCURSO DE AGENTES E REDUÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA, CONSIDERADO O "ITER CRIMINIS" PERCORRIDO PELOS AGENTES.

REGIME SEMIABERTO – QUANTIDADE DAS PENAS E CRITÉRIO DA SUFICIÊNCIA.

RECURSOS IMPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

WILLIAM GOMES DOS SANTOS e **RENAN JAUBERT DA SILVA** foram condenados às penas de 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 08 dias-multa, por incursos no art. 157, § 2º, II, c.c. art.

14, II, ambos do Código Penal, concedido o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformados, apelam postulando a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, pedem a redução das penas e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. WILLIAM requer, ainda, a diminuição das penas pela confissão e por ter cometido o delito em razão de seu envolvimento com drogas, bem como a decretação de sua internação para tratamento da dependência química.

Regularmente processados e respondidos os recursos, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não recebimento do recurso do réu RENAN, em razão de sua intempestividade, e, no mérito, pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

Inicialmente, verifica-se que a r. sentença foi publicada em audiência no dia 17 de agosto de 2011 e que naquela oportunidade o defensor constituído de RENAN não manifestou o desejo dela recorrer.

As razões de apelação datam de 11 de outubro de 2011, o que indica a intempestividade do recurso, todavia, não há registro de protocolo da petição, nem mesmo certidão de sua juntada aos autos.

É ver, ainda, que não há nos autos certidão de que o réu, declarado revel, tenha sido intimado por edital, tal como determinado na r. sentença condenatória.

Pois bem. Muito embora estabeleça o art. 392, inciso II, do Código de Processo Penal, que a intimação da sentença será feita "*ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança*", a orientação que deve prevalecer, à luz do princípio da ampla defesa, é a que, especialmente em casos como os dos autos, em que inexiste comprovação de que o réu tomou conhecimento de sua condenação penal, não se deve negar recebimento ao recurso interposto pela defesa técnica, ainda que intempestivo, considerando que ao acusado não foi dada oportunidade para manifestar seu inconformismo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 168-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO SOBRE A SENTENÇA CONDENATÓRIA PELA IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA CONDENADA QUE RESPONDEU SOLTA AO PROCESSO. ARTIGO 392, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Na hipótese em apreço, embora tenha se tentado intimar a paciente acerca da sentença condenatória, não tendo ela, contudo, sido localizada, o certo é que em momento algum ela foi notificada a respeito da prolação

Acesso ao Sumário

de édito repressivo em seu desfavor, seja pessoalmente, seja por edital.

2. Assim, inexistindo a cientificação da ré a respeito de sua condenação, não restou implementado o termo *a quo* do prazo para a interposição de recurso de apelação, motivo pelo qual não se mostra pertinente considerar intempestivo reclamo apresentado por seu defensor constituído.

3. Ordem concedida para determinar o processamento da Apelação Criminal n. 2005.39.00.006688-0/PA pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, afastando-se a indigitada intempestividade do reclamo intimação da ré. (STJ HC 167567/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/10/2011)

Recebo, portanto, o recurso interposto pela Defesa do acusado RENAN.

No mérito, consta que no dia 25 de abril de 2010, na Avenida Piracicamirim, em frente ao estabelecimento comercial denominado "Romualdo Peças", na cidade de Piracicaba, os acusados, agindo em concurso, tentaram subtrair para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com a simulação de porte de arma, um aparelho de telefone celular pertencente à Sabrina Fonteles Sousa da Silva.

A vítima caminhava pela via pública acompanhada de sua tia, a testemunha Marli Zaghi Lucas, quando foi abordada pelos acusados.

WILLIAM, fingindo estar na posse de uma arma, anunciou o assalto e exigiu a entrega do aparelho de telefone celular de Sabrina.

Após a subtração, os réus deixaram o local, mas foram perseguidos por populares e detidos na posse do objeto furtado até a chegada da Polícia.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão (fls. 18), bem como pela prova oral coligida.

A autoria é induvidosa.

Silente na fase inquisitiva, RENAN mudou-se de endereço sem comunicar ao Juízo e foi, por isso, declarado revel (fls. 116).

WILLIAM, que também permaneceu calado no inquérito, em Juízo confessou a autoria do delito praticado em companhia do comparsa RENAN (fls. 129/130).

Acesso ao Sumário

A confissão de WILLIAM restou corroborada pelas palavras dos policiais responsáveis por sua prisão (fls. 117/118) e da testemunha Marli, que o reconheceu, sem dúvidas, como sendo um dos autores do delito (fls. 126).

Provadas autoria e materialidade, era mesmo o caso de condenação e não há que se falar em falta de provas.

As penas foram fixadas no piso e assim permaneceram na segunda fase, não obstante a confissão de WILLIAM e a menoridade de RENAN, em conformidade com o que dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a fixação da pena aquém do mínimo legal em razão de circunstância atenuante.

Em seguida, as penas foram aumentadas de 1/3 pela causa de aumento do concurso de agentes.

Reconhecida a tentativa, as penas foram reduzidas de 1/3, índice adequado, considerado o "iter criminis" percorrido pelos agentes, que muito se aproximou da consumação, levando-se em conta que os acusados chegaram a ter a posse da *res* e se afastaram do local dos fatos, tendo sido detidos somente após perseguição de populares.

Fica mantido o regime semiaberto, em que pese a primariedade dos réus, pois o estabelecimento de regime prisional mais brando e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos se mostram insuficientes para a repressão e prevenção de tão grave delito, praticado com grave ameaça à pessoa.

Registre-se, por fim, que se mostra descabido o pedido da Defesa para decretação da internação de WILLIAM para tratamento da dependência química, eis que a condição de usuário do acusado não foi nem mesmo sustentada por ele, por ocasião de seu interrogatório.

Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007468-32.2010.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante VALDEMIR ANDRIOLI, 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 Valdemir Andrioli da acusação que lhe foi feita. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Desobediência – Medida protetiva – Impossibilidade de ingressar na casa do pai – Acusado que volta ao local e é autorizado a voltar a morar – Dolo não caracterizado – Absolvição decretada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

VALDEMIR ANDRIOLI, qualificado nos autos, foi denunciado, processado e ao final condenado pela sentença de fls. 102/106, prolatada pela MMª. Juíza de Direito, Dra. Renata Carolina Nicodemos Andrade, da 3ª Vara da Comarca de Monte Alto, por infração ao art. 330, ***caput***, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 20 dias de detenção em regime inicial semiaberto.

Segundo a denúncia, no dia 08 de outubro de 2010, por volta das 21h, na Rua dos Jasmins, nº 708, Jardim Califórnia, na cidade de Monte Alto, desobedeceu a ordem legal emanada de funcionário público, na medida em que descumpriu medida protetiva, que o impedia de se aproximar de Benedito Andrioli.

Inconformada recorre a Defesa requerendo a reforma da sentença para absolvição do apelante, sob o argumento de que não agiu com dolo, pois foi novamente convidado a residir na casa por seu pai. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime aberto (fls. 111/113).

Recebido o recurso (fls. 118), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 121/123).

Bem processado o apelo, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 130/132).

Anote-se que o processo foi inicialmente distribuído para a Col. 13ª Câmara de Direito Criminal (fls. 129), mas acabou redistribuído para essa E. 4ª Câmara Criminal Extraordinária em 10 de março de 2014 (fls. 133).

É o relatório.

Cuida-se de apelação interposta por Valdemir Andrioli contra a r. sentença de fls. 102/106, que o condenou por infração ao art. 330, ***caput***, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 20 dias de detenção em regime inicial semiaberto.

Mas, na análise da pretensão recursal, de se concluir que a absolvição postulada é de rigor.

Não se discute que a decisão copiada a fls. 16/18 concedeu medida protetiva à vítima, e impediu o acusado de frequentar sua residência, determinando que mantivesse distância de até 100 metros dela, tampouco que o acusado estava ciente dessa obrigação, conforme indica a certidão de fls. 26 do apenso próprio.

Entretanto, ao ser interrogado o acusado afirmou que realmente retornou para a residência, mas disse que foi convidado pelo pai e também pelo irmão para voltar para casa (fls. 19 e 90).

Essas palavras foram corroboradas pelo referido irmão, José Antonio Andrioli, que mesmo confirmando que a medida protetiva foi deferida porque

Acesso ao Sumário

o réu agredia o pai, afirmou que ele retornou para casa e seu genitor deixou que ele ficasse por lá novamente (fls. 84/85).

No mesmo sentido seguiram as declarações de Benedito Andrioli, que informou que, por pena, permitiu que ele voltasse a viver em casa, inclusive afirmando que ele continuava por lá e que não estavam mais acontecendo agressões (fls. 88/89).

Diante desse quadro, o que se tem é que, ainda que estivesse em vigor a medida protetiva, o certo é que o acusado voltou ao local e foi autorizado pelos moradores a permanecer vivendo na casa, de sorte que a conduta não pode ser vista como dirigida à desobediência da ordem judicial que o impedia de se aproximar do pai se ele próprio entendeu que não havia mais razão para que o réu não voltasse para casa.

Ora, o crime de desobediência exige para sua caracterização que o réu atue com vontade livre, dirigida à violação da ordem judicial. Vale dizer, deve ter consciência de que contraria uma obrigação imposta por autoridade e, por certo, não aperfeiçoa o crime a conduta daquele que volta ao local onde está proibido de ingressar por convite e autorização da própria pessoa que a medida visava proteger.

Assim, o que se tem é que a conduta imputada ao réu deve ser mesmo vista como atípica e incapaz de violar o disposto no art. 330, do Código Penal, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver Valdemir Andrioli da acusação que lhe foi feita.**

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009971-79.2012.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante MARCOS FERNANDO ANDREOTTI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de Marcos Fernando Andreotti para, de ofício, aplicar o princípio da consunção, considerar como único crime praticado aquele previsto no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003 e reduzir as penas impostas a 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, absolvendo-o do crime previsto no artigo 12

Acesso ao Sumário

da Lei nº 10.826/2003, mantendo-se no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.861)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: Posse irregular de arma e disparo de arma de fogo – Recurso defensivo – Absorção do delito de disparo pelo crime de ameaça – Impossibilidade – O crime menos grave não absorve o crime mais grave, além disso a figura da absorção somente se perfaz se os crimes envolvidos fizerem parte de um mesmo *iter criminis*, identificando-se o desdobramento dos fatos, um sendo continuidade do outro, o que não ocorreu no caso em apreço.

Aplicação, de ofício, do princípio da consunção entre disparo e posse irregular de arma de fogo – Infrações que não subsistem simultaneamente – Absorção do crime de posse irregular de arma de fogo pelo de disparo de arma de fogo, por se tratar de crime mais grave.

Redução da pena de prestação pecuniária – Possibilidade.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta por Marcos Fernando Andreotti, contra a r. sentença datada de 24 de julho de 2013, que julgou extinta a punibilidade em relação ao crime do artigo 147, do Código Penal, pela decadência do direito de representação, nos termos do inciso IV, do artigo 107, do Código Penal, e o condenou às penas de 01 (um) ano de detenção, no regime inicial aberto, e dez dias-multa, substituída a carcerária por prestação pecuniária no valor de um salário mínimo e dez dias-multa, pela prática do delito do artigo 12 da Lei nº 10.826/03; e às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de dez dias-multa, substituída a privativa de liberdade, por prestação pecuniária de dois salários mínimos e vinte dias-multa, pela prática do delito do artigo 15 da Lei nº 10.826/03 (fls. 88/90).

Acesso ao Sumário

Irresignado, reclama o apelante a absorção do crime de disparo de arma de fogo, pelo delito de ameaça. Subsidiariamente, postula a redução da prestação pecuniária imposta pelo crime de disparo de arma de fogo para um salário mínimo (fls. 105/108).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 110/114).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 119/120).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Consta da denúncia que, desde junho de 2012, na cidade e comarca de Pirassununga, Marcos Fernando Andreotti possuía e mantinha sob sua guarda, o revólver, calibre 22, numeração A790201, arma de fogo de uso permitido, com dez cartuchos íntegros e dois deflagrados, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência.

Consta ainda que, no dia 28 de novembro de 2012, por volta das 19h40, na Rua Teodoro Macan, nº 320, na cidade e comarca de Pirassununga, o apelante disparou a arma de fogo em lugar habitado, em suas adjacências e em via pública.

Consta, por fim que, no dia 28 de novembro de 2012, na cidade e comarca de Pirassununga, o réu ameaçou Cristiani Aparecida do Nascimento de causar-lhe mal injusto e grave por meio de palavras e gestos.

Durante oito meses, Marcos manteve um relacionamento amoroso com Cristiani. Contudo, uma semana antes do disparo de arma de fogo, houve o término do relacionamento, situação que não foi aceita pelo acusado.

O apelante possuía a sobredita arma de fogo desde junho de 2012.

No dia dos fatos, o réu efetuou diversas ligações para a vítima ameaçando-a de morte. Em dado momento, Marcos se dirigiu à residência da ofendida e efetuou um disparo de arma de fogo, na direção da casa de Cristiani, atingindo o muro da residência desta. Ato contínuo, telefonou para a vítima assumindo a autoria do disparo de arma de fogo e ameaçando-a de morte, alegando que o próximo disparo seria na direção dela.

A polícia foi acionada e apreendeu a sobredita arma de fogo na residência do réu.

A denúncia foi oferecida em 13 de dezembro de 2012 (fls. 01D/02D) e recebida em 12 de dezembro de 2012 (fls. 33).

O apelante foi citado (fls. 58/59) e ofertou sua defesa preliminar (fls. 46/47).

A r. sentença foi publicada em 25 de julho de 2013 (fls. 91) e transitou em julgado para o Ministério Público em 05 de agosto de 2013 (fls. 115v.).

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em

Acesso ao Sumário

flagrante (fls. 02/09), boletim de ocorrência (fls. 15/17), auto de exibição e apreensão (fls. 18/19), laudo pericial da arma de fogo, que constatou sua eficácia para disparos e a existência de vestígios de disparos recentes (fls. 66/68) e laudo pericial do local do disparo (fls. 71/72), bem como pela prova produzida nos autos.

De igual modo, a autoria do crime é induvidosa.

Sempre que interrogado, confessou o apelante a autoria e a imputação. Disse que possuía arma em casa porque estavam ocorrendo invasões naquele local. Contou que manteve um relacionamento amoroso com a testemunha Cristiani, que terminou em razão de uma traição de sua parte. Continuaram conversando, mas a família dela não mais admitiu o relacionamento de ambos. Nesse ínterim, uma pessoa da família de Cristiani acabou ofendendo sua mãe e irmã. No dia dos fatos, em razão dessas ofensas, ficou nervoso e efetuou um disparo de arma de fogo em frente à casa de Cristiani. Disse que não tinha a intenção de ferir ninguém. Cometeu o delito num momento de descontrole, de desabafo. Nunca a ameaçou. Deu o tiro e depois contou o que tinha feito (fls. 09 e 86/v.).

Quanto à confissão judicial do réu, tem-se entendido que "*a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos*" (Código de Processo Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete, 7ª ed., Editora Atlas S/A – São Paulo, 2.000, pág. 469).

Outro também não é o ensinamento do mestre Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, ao professar que: "*O que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a* '*rainha das provas*'*, quando o fato for desfavorável ao confitente*" ("Da Prova no Processo Penal", p. 79, ed. Saraiva).

A respeito traz-se à colação:

"*A confissão, já chamada rainha das provas, é peça valiosa na formação do convencimento judicial Toda vez que surgir de maneira espontânea, traduzindo a assunção da responsabilidade é afastada a mais remota hipótese de auto imputação falsa, constitui elemento valioso para justificar a condenação*" (RJDTACRIM 40/221).

"*As confissões judiciais e extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais*" (RTJ 88/37).

Acesso ao Sumário

A vítima Cristiani confirmou que manteve um relacionamento amoroso com o réu por algum tempo e se separaram. Conversaram por cerca de um mês após o relacionamento, mas concluiu que não havia possibilidade de reconciliação. O apelante ficou inconformado e, no dia dos fatos, efetuou um disparo de arma de fogo contra o muro de sua residência. Não estava sendo ameaçada por ele. O disparo foi durante a madrugada e, na manhã, o réu telefonou e contou sobre o disparo e disse que efetuaria outro. Depois disso, constatou que havia a marca do disparo efetuado. Não ouviu o disparo durante a madrugada. Tem certeza que foi ele quem efetuou o disparo porque ele lhe contou. Naquele mesmo dia, por volta das sete horas da noite, ouviu um disparo de arma de fogo. Marcos lhe telefonou em seguida, perguntando se havia escutado o disparo. Depois disso, acionou a polícia, que constatou a existência de três buracos no muro, decorrentes dos disparos efetuados. Marcos não a tem importunado desde então e, naquela ocasião não disse quantos disparos havia feito, mas considerando que ouviu um, concluiu que foram dois durante a madrugada, já que eram três as marcas no muro. Não manifestou interesse de representar contra o réu (fls.83/v.).

O policial militar Ronaldo de Melo afirmou ter sido acionado para comparecer ao local dos fatos. Em contato com a vítima, foi informado que ela havia recebido várias ligações ameaçadoras de seu ex-namorado, até que ele parou de ligar e ela ouviu o disparo de arma de fogo. Os policiais estavam na residência da vítima e ouviram uma ligação do réu. Efetuaram buscas e constataram duas perfurações, uma no portão e outra no muro. Foram até a residência do apelante, mas ele não se encontrava. Informados de que provavelmente estaria numa casa de lazer, uma edícula no Jardim Brasília, para lá se dirigiram e o encontraram na frente do local, em companhia de um casal de amigos. Diligenciaram e localizaram na residência um revólver calibre 22, com seis munições intactas e três deflagradas no coldre. Indagado, o apelante confessou que havia efetuado os disparos, pois não se conformava com o término do relacionamento (fls. 84).

A testemunha de defesa Carlos Alberto Mansur Ribeiro não presenciou os fatos. Prestou bons informes acerca da conduta pregressa do acusado (fls. 85).

Assim vista a prova, conclui-se que a condenação era mesmo de rigor.

A apreensão da arma de fogo com três cartuchos deflagrados em poder do apelante, sua confissão em tudo ajustada à prova dos autos, somadas aos depoimentos seguros da vítima e do policial autuante, formam conjunto suficiente para embasar a condenação.

Não merece acolhida a tese defensiva de absorção do delito de disparo de arma de fogo pelo crime de ameaça, uma vez que, segundo se depreende da prova vencedora, quando o réu ameaçou a vítima, o crime de disparo já havia se consumado. Logo, o disparo de arma de fogo não foi crime-meio da ameaça. Como ressaltou o MM. Juiz *a quo* não era conduta necessária para a perpetração

Acesso ao Sumário

do outro crime.

Cabe salientar, ainda, como bem destacou o d. Promotor de Justiça, a impossibilidade do delito de disparo de arma de fogo ser absorvido pela ameaça, uma vez que a regra basilar do princípio da consunção é a de que o crime mais grave absorve o crime menor e não o contrário. "*Mesmo que assim não fosse, admitida a possibilidade de absorção do crime menos grave, verifica-se que a figura somente se opera se os crimes envolvidos fizerem parte de um mesmo* iter criminis*, identificando-se o desdobramento lógico dos fatos, um como sendo continuidade do outro. É o que ocorre com a absorção do delito de disparo de arma de fogo pelo delito de homicídio, por exemplo. O disparo da arma é conduta imprescindível para a perpetração do delito de homicídio*".

Assim, não há que se falar em absorção do delito de disparo de arma de fogo pelo de ameaça, como pretendido pela d. Defesa.

No entanto, de rigor, a aplicação de ofício, do princípio da consunção ao caso em exame, mas em relação ao disparo e a posse de arma de fogo.

Em que pese não se poder descartar a possibilidade de concurso material entre os crimes de posse ilegal e disparo de arma de fogo, no caso, é possível constatar que os delitos ocorreram no mesmo contexto fático, ou seja, a posse constituiu preparação ou meio para o posterior crime de disparo, sendo impossível, portanto, dissociar as condutas praticadas, tendo em vista as circunstâncias de tempo e lugar nas quais foram cometidas. Ademais, é cediço que o delito de disparo de arma de fogo (crime fim) pressupõe a posse de arma (crime meio) em momento anterior.

A prova vencedora deixa ver que o apelante disparou o revólver na via pública, mais precisamente contra o muro da casa de sua ex-namorada. Confessou o delito, sendo a arma apreendida em sua residência. Inviável, nestas circunstâncias, coexistirem como infrações penais autônomas e concorrentes, o que impõe o reconhecimento, por consunção, de crime único – o de disparo de arma de fogo tendo em vista ser o crime mais grave e com maior pena.

Aliás, assim vem se decidindo:

APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO, POSSE IRREGULAR E DISPARO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – ACOLHIDO – ABSORÇÃO DO DELITO DE POSSE PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO – ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE POSSE DECRETADA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA EXASPERAÇÃO DA PENA – TENTATIVA – PRETENDIDA REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO – REJEITADA – ATOS EXECUTÓRIOS QUE SE APROXIMARAM DA CONSUMAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA EM

Acesso ao Sumário

PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MS – ACR: 8458 MS 2008.008458-1, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 01/12/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/02/2009).

Diante de tais considerações, indiscutível a manutenção da condenação apenas pelo crime capitulado no artigo 15, da Lei nº 10.826/2003, afastado o crime de posse de arma de fogo previsto no artigo 12 do mesmo diploma penal, que restou absorvido pelo primeiro.

As penas estabelecidas, por isso, merecem reparos.

A pena-base para o crime de disparo de arma de fogo foi aplicada no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa e assim permaneceu inalterada, ante a ausência de outras circunstâncias e será mantida.

A carcerária foi substituída por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários mínimos e multa de 20 (vinte) diárias. Estabelecido no caso de descumprimento, o regime aberto para o desconto da pena.

Mantém-se a prestação pecuniária estabelecida pela MMª Juíza sentenciante.

Como se sabe, a prestação pecuniária deve ser fixada atendendo-se, principalmente, a situação econômica do réu.

Assim, como bem fundamentou a d. Magistrada na r. sentença condenatória o montante da prestação pecuniária foi estabelecido considerando os rendimentos declarados pelo réu em seu interrogatório (fls. 86), ou seja, ganho mensal de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), não merecendo, por isso, nenhum reparo.

3 – Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de Marcos Fernando Andreotti para, de ofício, aplicar o princípio da consunção, considerar como único crime praticado aquele previsto no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003 e reduzir as penas impostas a 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, absolvendo-o do crime previsto no artigo 12 da Lei nº 10.826/2003, mantendo-se no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005152-04.2009.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante A.C., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do réu para desclassificar a sua conduta para a prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, fixar a sua pena em 11 (onze) dias-multa, no piso legal; e, de ofício, julgar extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, primeira figura, 110, § 1º, e 114, inciso I, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.831)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

NELSON FONSECA JUNIOR, Relator

Ementa: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – Negativa do réu isolada – Laudo psicológico que indica a ocorrência dos atos libidinosos praticados – Prova segura para o decreto condenatório – Desclassificação para a conduta prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais – Admissibilidade – Mero toque superficial e fugaz na vítima, insuficiente a configurar infração de maior gravidade – Conduta que não pode ser tipificada como crime hediondo, sob pena de se vulnerar o princípio da proporcionalidade – Prescrição da pretensão punitiva – Ocorrência – Recurso parcialmente provido, com o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação da r. sentença de fls. 160/169, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou o réu **A.C.** como incurso nas penas do artigo 217-A do Código Penal, a cumprir, em regime inicial fechado, 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Inconformado, o réu apela buscando a absolvição por insuficiência de provas. Alternativamente, pretende a redução da pena para o mínimo previsto no artigo 214 do Código Penal, vigente à época dos fatos, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por estarem presentes os requisitos legais (fls. 175/191).

O recurso foi recebido (fls. 174) e regularmente contrariado (fls. 193/199).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial para readequação da pena (fls. 203/204).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Ficou demonstrado nos autos que o apelante **A.C.**, no dia ..., no período noturno, em horário incerto, no local mencionado na denúncia, aproveitando-se que a criança H.F.M. estava distraída e sem perceber a sua aproximação, abraçou-a pelas costas e passou a mão pelos seios e por dentro da calcinha, acariciando a sua vagina, que logo se desvencilhou e o empurrou, voltando correndo para a cama na qual se encontrava dormindo.

Ouvido em juízo, o apelante negou a prática do crime. Disse que considerava a ofendida como uma neta e nunca sequer a pegou no colo, muito menos a acariciou. Segundo ele, as crianças frequentavam a sua casa, inclusive Heloísa, e mencionou que no dia dos fatos ela esteve lá e brincou normalmente durante a noite, sem que ocorresse qualquer problema (cf. interrogatório de fls. 137/138).

Sucede, porém, que a versão por ele apresentada, não está em consonância com as demais provas dos autos.

Com efeito, a ofendida H.F.M., apesar do tempo decorrido (mais de dois anos), contou em juízo que naquele dia estava na casa do apelante para brincar com os netos dele, quando ele se aproximou dela e passou a mão pelo seu em corpo, inclusive na sua genitália. Confirmou, ainda, que em data anterior, quando ela ainda contava com cinco anos de idade, o réu agiu de igual modo, detalhando que aquele fato teria ocorrido na cidade de ..., em consonância com o relatado na fase policial. Esclareceu, ainda, que pernoitou na casa do acusado (fls. 127/128).

E as declarações da vítima foram prestigiadas pelas demais provas dos autos, notadamente pela sua avó, C.G.B., que falou que sua neta, abertamente, a abordou dizendo que o vizinho era "tarado" e explicou que ele passou a mão pelo seu corpo, por baixo das roupas, no dia em que pernoitou na casa dele (fls. 131/132), como também pela sua genitora, R.A.B.M., que confirmou que sua filha foi convidada pelo réu e a esposa para brincar com os netos deles e ficou sabendo, posteriormente, que ele passou a mão pelo corpo da menina (fls. 129/130).

R.A. mencionou, ainda, que chegou a conversar com os filhos do apelante, que se mostraram indignados com a conduta do pai e se ofereceram para pagamento de eventual tratamento psicológico para H..

C.F.M.J., genitor de H., igualmente confirmou que veio a saber que o acusado (sogro da sua cunhada) havia "mexido" com a sua filha (fls. 116/122).

O laudo psicológico de fls. 63/68, por sua vez, concluiu, após entrevista com a vítima e seus genitores, pela presença de indicativos de que H. foi "vítima de atos libidinosos, sem conjunção carnal, praticados por A." (fls. 67).

As testemunhas arroladas pela Defesa, de outro lado, nada esclareceram

Acesso ao Sumário

sobre os fatos, sendo certo que M.A. teria dito que L., prima da ofendida, falou para ela que a menina não soube explicar se "A. teria lhe tocado ou simplesmente esbarrado o braço no seu corpo", conforme se depreende dos depoimentos insertos a fls. 133/134 e 135/136.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos demonstrou, de maneira segura, que o réu, aproveitando-se da relação vizinhança e de amizade que possuía com a família da ofendida, bem como o fato de que seus netos eram amigos de H., abraçou-a por trás e passou a mão pelo seu corpo acariciando os seios e vagina, como descrito na denúncia.

Todavia, a prova também apurou que houve mero toque superficial e fugaz, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima, ainda que nas partes pudicas da pequena ofendida, conduta não violenta e sem ameaça, tanto que a vítima o empurrou, evitando maiores desdobramentos, e ainda permaneceu na casa do réu, ora apelante, por mais dois dias, sem demonstrar qualquer desconforto em ali permanecer, como relatado por ela própria em juízo, o que foi corroborado por sua genitora R.A. (fls. 127 e 129).

Note-se, ainda, por oportuno, que carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário entre o atentado violento e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o que se deu no presente caso.

Logo, a desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor é medida mais consentânea com a ação perpetrada pelo réu, mais favorável a ele, interpretação esta recomendada e autorizada pelo princípio da proporcionalidade, não só em relação ao desvalor da ação, como também em relação ao desvalor do resultado, se comparadas com sexo anal ou oral, exigindo, por isso mesmo, menor severidade na sua repressão, até porque, não há notícias nos autos de que a vítima teve algum abalo psicológico com a conduta do réu.

Com essa conclusão, passo a individualizar a pena.

Atento às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixo a pena-base do apelante no mínimo de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, considerando que não se sabe a sua real situação econômica.

Na segunda fase, majoro essa pena em 1/6 (um sexto), pela agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, restando, em definitivo, ante a ausência de modificadoras, em **11 (onze) dias-multa, no patamar raso**.

Contudo, forçoso reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade do apelante pela prescrição da pretensão punitiva, pois, entre a data do recebimento da denúncia (**10/08/2009** – fls. 70) e a publicação da r. sentença condenatória (**22/08/2011** – fls. 169vº), bem como entre esta e a presente, já decorreu o lapso liberatório de 02 (dois) anos previsto no artigo 114, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do réu para

desclassificar a sua conduta para a prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, fixar a sua pena em **11 (onze) dias-multa, no piso legal**; e, de ofício, julgar extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, primeira figura, 110, § 1º, e 114, inciso I, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022787-21.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CARLOS FRANK MORAIS DA SILVA, 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 provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Roubo duplamente majorado (art. 157, § 2º, I e II, do CP) e adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 "caput" do CP) – Autoria e materialidade comprovadas – Absorção delitiva rechaçada – Inexistência de nexo de subordinação ou consequência lógica entre uma e outra conduta – Precedentes – Confissão espontânea apenas do roubo – Presença de somente uma agravante – Compensação – Pena que ora se adequa para 12 anos e 11 meses de reclusão e 35 dias-multa – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Ação penal em que incurso CARLOS FRANK MORAIS DA SILVA nos arts. 157, § 2º, I e II, e 311 "caput" do CP.

A r. sentença é de procedência, impostas as penas de 14 anos, 05 meses e

03 dias de reclusão, regime fechado, e 38 dias-multa.

Recorre a defesa, buscando, primeiro, absolvição dos dois delitos, por insuficiência de prova e, subsidiariamente, a consunção do crime de adulteração pelo de roubo. Pede também reparo na pena, porque não haveria uma das reincidências.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 183/188).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Não colhem os argumentos defensórios.

A teor da primeira denúncia, o réu, nas condições de tempo e lugar descritos, agindo em concurso com terceiro não identificado e mediante emprego de arma de fogo, subtraiu o veículo Fiat/Strada Adventure Flex, placas EIA 4266 – Guarulhos, e pertences da vítima Antonio Sérgio Pinto Pestana.

Segundo apurado, a última foi abordada em frente a sua residência pelos dois agentes, que o levaram para dentro da casa, passando a subtrair bens, que acondicionaram no veículo, empreendendo fuga.

Em aditamento (fls. 132/138), constou que o réu também praticou o delito do art. 311"*caput*" do CP, pois adulterou e remarcou os números de identificação existentes nos vidros e demais locais, exceto no motor do auto roubado.

A materialidade do delito do art. 157, § 2º, I e II, do CP, está provada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 12/14 e auto de entrega de fls. 16/18.

E a autoria delitiva acha-se consubstanciada no reconhecimento pessoal feito pela vítima (fl. 44) e na circunstância de estar em poder do acusado a maioria dos bens roubados, incluindo o veículo (fls. 45/46 e 128).

Ao azo, os policiais militares declararam que, durante patrulhamento de rotina, tempos após o delito, a vítima os procurou e afirmou que um dos indivíduos que havia lhe roubado em sua residência estava em um bar próximo. Os policiais abordaram o suspeito e este confirmou a prática delitiva (fls. 128).

Em juízo, o réu confessou a prática do roubo, descrevendo-o nos termos da denúncia. Afirmou que estava armado dentro da residência da vítima, portando artefato calibre 32, e que outra pessoa o acompanhava (fl. 142).

Disse que nada teve a ver com a adulteração, pois seu comparsa ficou com o veículo por certo tempo.

Inafastável, então, a condenação pelo roubo.

A materialidade do crime do art. 311 "*caput*" do CP ficou configurada com o laudo de fls. 18/19, do primeiro apenso.

E a confissão do réu, de que realmente cometeu o roubo do veículo, o qual foi encontrado na sua posse e com sinais adulterados, não deixa dúvidas de ter ele também praticado o segundo delito, uma vez que estava regular o bem

Acesso ao Sumário

anteriormente à subtração.

Dessa forma, rechaça-se a tese da defesa de que teria havido violação ao princípio da correlação.

Incabível, outrossim, a consunção do crime de adulteração pelo roubo, pois não houve subordinação ou liame entre o primeiro e o segundo.

A conduta do acusado de adulterar os sinais identificadores do veículo subtraído não ocorreu como consequência lógica do roubo, mas sim para dificultar a localização da *res furtiva*.

Em verdade, o que se infere é a caracterização de desígnios autônomos, razão pela qual não há falar em absorção, mas sim em concurso material de crimes, como reconheceu a sentença.

Nesse sentir:

"*(...). 3. Para a aplicação do princípio da consunção, pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de consuntos, que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave, nos termos do brocardo* lex consumens derogat legi consumptae*. 4. A conduta de portar arma ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando restar evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência ou subordinação*." (STJ – HC 236846/MG, Rel. Minª Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18/02/14);

"*AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS*. ROUBO E DISPARO EM VIA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. PRETENSÃO DE REVER AS PREMISSAS FÁTICAS ADOTADAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. O crime de disparo de arma de fogo foi autônomo em relação ao de roubo, não tendo servido de apoio à preparação ou à execução deste, mas, pelo contrário, foi praticado bem depois de consumado o roubo, razão pela qual não se revela cabível a aplicação do princípio da consunção. 2. Assentadas as premissas fáticas pela instância ordinária, tem-se que a pretensão em sentido contrário, a motivar a presente impetração, demanda dilação probatória, incabível na via estreita do* habeas corpus*. 3. Agravo regimental improvido.*" (STJ – AgRg no HC 215396/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, j. 06.11.12).

Passa-se às reprimendas.

Na primeira fase, após exame das circunstâncias pessoais (péssimos antecedentes) e judiciais (prejuízo da vítima, cometimento no âmbito doméstico, uma vez que houve invasão da residência "*onde a vítima deveria sentir-se segura*" [fl. 158], causando-lhe grande temor), a magistrada fixou as bases,

Acesso ao Sumário

acertadamente, em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa, pelo crime de roubo, e 04 anos de reclusão e 13 dias-multa pela adulteração.

Quanto ao roubo, na segunda etapa, para majorar o escarmento em 1/6, levou em consideração a confissão espontânea, como atenuante, e duas reincidências, como agravantes.

Contudo, quando da análise do segundo apenso do principal, verificou-se que o réu tem apenas uma reincidência (fl. 30), já que existem processos ainda em fase recursal e outros já atingidos pelo período depurador previsto no art. 64, I, do CP.

Destarte, como ambas as causas são igualmente valoradas, ou seja, a atenuante compensa a agravante, mantém-se, nesta etapa, a pena-base aplicada.

Em seguida, sustenta-se o acréscimo de 3/8, em virtude da incidência dos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do CP, já que evidenciados o concurso de pessoas e o emprego de arma de fogo.

Ressalte-se, inclusive, que o apenado demonstrou extrema frieza, desenvoltura e sintonia com o comparsa na execução do delito, tudo a externar profunda intimidade com a atividade espúria.

Recalculadas, as penas passam para 08 anos e 03 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Com relação ao segundo delito, na segunda fase, não há atenuantes, incidindo apenas uma única reincidência e não duas como constou da decisão.

Assim, o aumento não será de 1/5 e sim de 1/6, chegando-se a 04 anos e 08 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Por derradeiro, em virtude de terem sido as infrações penais praticadas na forma do art. 69 do CP, as penas são somadas, totalizando 12 anos e 11 meses de reclusão e 35 dias-multa.

Além das circunstâncias pessoais graves já apontadas, sabe-se que o crime de roubo, a cada dia, vem gerando grande intranquilidade na sociedade, merecendo pronta e censurável resposta do Estado.

Desse modo, o regime fechado é o adequado, como bem fixado na r. sentença.

Dá-se parcial provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9156021-36.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SAMUEL BRAZ

BONTEMPO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal 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 164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI 10.826/2003 – PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR ESTAR A ARMA DESMUNICIADA – INADMISSIBILIDADE – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – MATERIALIDADE COMPROVADA – AUTORIA INDUVIDOSA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. sentença de fls. 104/105 que, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, ABSOLVEU o réu **SAMUEL BRAZ BONTEMPO** da acusação que lhe foi endereçada pela prática de crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003.

Inconformado, recorre o órgão do Ministério Público (fls. 108/112), pleiteando a condenação, sob a alegação de se tratar de conduta típica, posto que a circunstância de estar a arma desmuniciada não tem o condão de descaracterizar ou desclassificar o crime de porte de arma de fogo.

Contrarrazoado o recurso (fls. 114/123), a defesa pugna pela manutenção do r. *decisum*, que reconheceu a atipicidade da conduta do réu.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento da apelação, com a consequente condenação do acusado (fls. 128/130).

É o relatório.

O provimento do recurso é medida de rigor.

Ao que consta da denúncia (fls. 1d/2d), na madrugada do dia 6 de outubro de 2008, por volta de 1 hora e 40 minutos, na Avenida Antônio Louzada Antunes, altura do número 482, foi o réu surpreendido portando arma de fogo de uso permitido, tipo revólver calibre 38, da marca Taurus, com numeração raspada,

Acesso ao Sumário

sem munição e preso no escapamento do veículo que conduzia. Consta, ainda, que o acusado trazia consigo 6 (seis) projéteis não deflagrados, guardados no bolso de sua calça.

A materialidade delitiva restou delineada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/10), auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), laudo pericial de constatação de eficácia da arma (fls. 86/88) e demais elementos probatórios trazidos para os autos.

A autoria delitiva, de igual modo, também restou evidenciada.

Interrogado em juízo (fls. 62), o réu confessou estar portando referida arma de fogo, bem como os respectivos projéteis, que trazia no bolso da calça, alegando, porém, que seria para legítima defesa.

Assim, a controvérsia se limita à tipicidade da conduta, uma vez que tanto a materialidade como a autoria restaram inquestionavelmente comprovadas.

O fato de naquele momento a arma não estar municiada, não é causa suficiente para se afastar a potencialidade lesiva, mesmo porque, a qualquer momento, e dispondo dos projéteis compatíveis, que trazia no bolso, o apelado poderia abastecer aquele artefato bélico, deixando-o plenamente apto a ser acionado.

Não é apenas essa, entretanto, a objetividade jurídica da norma proibitiva. Funda-se também na fidelidade que todo armamento deve ter em relação ao SINARM, que é o cadastro nacional das armas de fogo em circulação no território nacional, conforme se pode constatar pela leitura da rubrica e dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.826/03.

O objetivo da norma em questão, vale dizer, sob esse vértice, é impedir a circulação de qualquer armamento sem o devido registro, possibilitando, assim, o controle, pelas autoridades competentes, das armas existentes no território nacional, sendo irrelevante esteja a arma municiada ou não.

Neste sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA (DESMUNICIADA). POSSIBILIDADE DE LESÃO REAL. AFERIÇÃO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.
>
> (...)
>
> "*Nos termos do entendimento majoritário das duas Turmas componentes da Terceira Seção, portar arma de uso permitido com numeração raspada (desmuniciada) é de perigo abstrato, sendo desinfluente aferir*

Acesso ao Sumário

se o artefato seja capaz de produzir lesão real a alguém. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ressalva do ponto de vista da relatora." (HC 223.759/SP, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 24/10/2013).

CRIMINAL. HC. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. "*Hipótese em que o paciente foi condenado pelo porte de arma de fogo e alega atipicidade da conduta em virtude da ausência de munição, ocasionando inexistência de ofensa ao bem jurídico protegido. A circunstância de a arma estar desmuniciada não pode excluir a tipicidade, sob o singelo argumento de que não acarretaria lesão a qualquer bem jurídico. Entende-se como suficiente para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, tão somente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente.*" Precedentes: *Habeas Corpus* nº 49.142/DF, 5ª Turma, julgado em 4/ABR/2006, Relator Ministro GILSON DIPP).

"*1. A arma de fogo mercê de desmuniciada mas portada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar configura o delito de porte ilegal previsto no art. 10,* caput*, da Lei nº 9.437/1997, crime de mera conduta e de perigo abstrato. 2. Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente.*" Precedentes: HC 104206/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/8/2010; HC 96072/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dje de 8/4/2010; RHC 91553/DF, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009. 3. (...) 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 117566, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013).

A alegada legítima defesa não pode ser considerada, uma vez que o réu deixou de especificar as situações pelas quais poderia estar passando, limitando-se a alegar que poderia reunir condições para exercer pessoalmente a defesa de sua integridade física e patrimônio.

Segurança pública, como cediço, compete às forças policiais constitucionalmente organizadas. Se o cidadão estiver em situação em que necessite efetivamente de proteção, deverá encaminhar ao órgão público sua solicitação de proteção pessoal, ou mesmo a necessária solicitação de emissão do documento de porte de arma de fogo, **de uso permitido**, passando por todos os trâmites necessários para tanto, por se tratar de requisito indispensável à garantia da incolumidade pública, à paz social e à fidelidade ao cadastro do

Acesso ao Sumário

SINARM, a teor do que preceituam os arts. 4º e 10 da Lei Federal nº 10.826/03.

Não pode, portanto, o cidadão arguir em seu próprio proveito descumprimento de Lei em vigor a pretexto de exercer sua autodefesa, sobretudo na hipótese sob comento, em que o apelado trazia consigo arma com a numeração raspada, que é, por expressa definição legal, considerada como **de uso proibido** (art. 16 da Lei nº 10.826/03).

Portanto, diante das provas carreadas aos autos, a condenação do réu **SAMUEL BRAZ BONTEMPO** pela prática de crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003 se impõe, razão pela qual passo a dosar a pena.

Na **primeira fase** da dosimetria, considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, isto é, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base no patamar mínimo, isto é, 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, com valor unitário mínimo.

Na **segunda** e na **terceira fases**, ausentes outras circunstâncias modificativas, torno a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, com valor unitário mínimo.

Outrossim, por se tratar de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, e considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, com fulcro no artigo 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consubstanciada em **prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas**, a ser especificado pelo Juízo das Execuções Criminais; e uma pena pecuniária de 10 (dez) dias-multa, com valor unitário mínimo.

Caso haja a reconversão, a pena privativa de liberdade deverá ser iniciada no **regime aberto**.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para condenar o réu **SAMUEL BRAZ BONTEMPO** pela prática do crime previsto artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, aplicando pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, com regime prisional inicial aberto, pena esta que substituo por prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a ser especificado pelo Juízo das Execuções Criminais, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, com valor unitário mínimo.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0096670-67.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª 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 3648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Roubo circunstanciado – Artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal – Autoria e materialidade comprovadas – Palavra da vítima e dos policiais militares – Validade – Precedentes – Reconhecimento – Réu surpreendido na posse da *res furtiva* – Incabível a alegação de insuficiência probatória – Pena – Dosimetria – Reprimenda mantida face à impossibilidade de *reformatio in pejus* – Havendo duas causas concorrentes, como no caso dos autos em que o réu agiu em comparsaria e mediante o emprego de arma de fogo, há, sem dúvida, maior grau de reprovabilidade de sua conduta, razão pela qual ambas as circunstâncias devem ser consideradas para a fixação do aumento da pena além do limite mínimo estabelecido no artigo 157, § 2º do CP – Regime prisional inicial fechado – Adequado à espécie – APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão de fls. 117/121, que julgou procedente a ação penal e condenou o apelante como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Acesso ao Sumário

Inconformado, pretende o apelante a reforma da r. decisão, sob o argumento de que as provas coligidas ao processo não são suficientes para alicerçar a condenação que o desfavoreceu, razão pela qual pleiteia a absolvição (fls. 138/141).

Ofertadas contrarrazões (fls. 143/147), a i. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 153/157).

É o relatório.

2. Em que pesem os argumentos colacionados pelo apelante, a r. sentença condenatória não merece qualquer reparo.

Consta nos autos que nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, o apelante, agindo em concurso e com unidade de desígnios com outros 03 (três) indivíduos não identificados, subtraiu, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, o veículo GM/Meriva, de propriedade de Felipe Freitas Matos.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: a vítima havia acabado de encostar seu veículo GM/Meriva para sua genitora ir à farmácia quando um veículo Fiat/Uno estacionou ao seu lado e dele desembarcou um indivíduo que, exibindo a arma de fogo que trazia na cintura, anunciou o assalto e exigiu que descesse do carro, o que prontamente atendeu.

Ocorre que, 02 (dois) dias após os fatos, policiais militares receberam notícia de que o veículo subtraído estaria na Rua Barros Penteado. Os milicianos, então, dirigiram-se ao local e, no caminho, avistaram o carro e resolveram abordá-lo, ocasião em que constataram tratar-se efetivamente do veículo roubado, o qual era conduzido pelo réu que levava consigo 02 (dois) adolescentes. Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado com eles, porém, quando indagados, o menor F.T. acabou confessando o roubo.

Levados ao Distrito Policial, a vítima prontamente reconheceu o réu como um dos autores do roubo, ressaltando que era ele quem empunhava a arma de fogo. Quanto aos adolescentes F.T.C. e F.A.M. não foram reconhecidos pelo ofendido.

Acesso ao Sumário

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelos boletins de ocorrência (fls. 04/08 e 31/34), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 09) e demais provas carreadas aos autos.

A autoria também é induvidosa.

O Sr. Felipe Freitas Matos confirmou a narrativa fática, relatando que estava acompanhado de sua amiga Marinalva quando foram abordados pelo réu, o qual portava uma arma de fogo. Relatou, ainda, que o acusado subtraiu seu veículo, seu celular e sua carteira contendo documentos, além do aparelho móvel de sua amiga. O ofendido destacou que seu veículo fora encontrado na posse do réu e de outros (dois) menores, sem o aparelho de som e com as rodas

trocadas, sendo que seu celular estava no banco de trás do carro. Destacou, ademais, que nenhum outro objeto fora recuperado e que reconheceu apenas o acusado porque foi este quem o abordou primeiro e para quem abriu a porta de seu veículo, sendo certo que não viu os demais comparsas em razão da pouca iluminação. Por fim, o ofendido reconheceu o réu como sendo o assaltante armado, sem qualquer dúvida (fls. 95).

Neste ponto, vale ressaltar que, em casos como este, a palavra da vítima é preponderante, até porque foi ela quem teve contato direto com o criminoso e vivenciou os fatos, razões pelas quais pode narrá-los com maior clareza e riqueza de detalhes.

Sobre a validade e relevância dos depoimentos prestados pelas vítimas, preleciona a jurisprudência:

> "*Processo penal. Prova. As declarações seguras e insuspeitas da vítima devem preponderar sobre a negativa isolada do(s) acusado(s)*" (TJSP, 9ª Câmara Criminal, Apelação nº 0002439-72.2011.8.26.0042 – rel. Desembargador Souza Nery, j. 11.04.2013).

> "*Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância*" (JUTACRIM 91/407 e 86/433).

O Policial Militar Wellington Tadeu Stancov relatou que recebeu comunicação do crime via COPOM e que se deparou com o veículo roubado sendo conduzido pelo apelante, o qual estava na companhia de 02 (dois) adolescentes. Ao final, ressaltou que, conduzido à Delegacia de Polícia, o apelante foi prontamente reconhecido pelo ofendido como um dos assaltantes (fls. 96).

Por oportuno, anoto que inexiste qualquer fato que ponha em suspeição os depoimentos do miliciano, o qual presta serviço de extrema relevância à sociedade e não possui, à priori, qualquer motivo para incriminar falsamente o apelante.

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais já se posicionou a jurisprudência, *in verbis*:

> "*Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais militares, 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, 6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal com Revisão nº.

Acesso ao Sumário

990.09.322889-0, Rel. Des. Marco Antônio Marques da Silva).

"*(...)2. 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.*

3. Ordem denegada" (STJ, 5ª Turma, *Habeas corpus* nº 115516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, VU).

A Sra. Gabriela dos Santos Almeida, namorada do réu, relatou que, na data dos fatos, ambos chegaram à casa de Flávia por volta de 20h e dali saíram após as 23h, quando o réu a levou para sua residência. Ao final, destacou que o acusado não dirige veículo automotor (fls. 97).

O adolescente F.T.C. relatou que foi um amigo da quebrada quem lhe emprestou o veículo Meriva numa festa da qual participava para dar uma volta, sendo certo que, no momento da prisão do acusado, o conduzia, levando como passageiros outro rapaz de prenome Felipe, o acusado e algumas garotas. Ao final ressaltou que o réu apenas ingressou no carro por conta da carona (fls. 98).

A Sra. Flávia Silva Pereira, prima do réu, relatou que, na data dos fatos, ele chegou a sua casa por volta de 20h, tendo saído depois das 23h. Relatou, ainda, que o acusado não dirige veículo automotor e que, no dia em que ele foi preso, estava em sua residência, tendo atendido ao chamado de um garoto para acompanhá-lo num carro (fls. 99).

O acusado, por sua vez, permaneceu calado em solo inquisitorial (fls. 19) e, em juízo, negou a autoria delitiva, afirmando que, no dia de sua prisão, estava na casa de Flávia, sua prima, quando foi chamado por F. para acompanhá-lo até uma festa. Segundo narrou, ambos chamaram outro F. para acompanhá-los no passeio, sendo que, em seguida, foram abordados pela polícia. O réu ressaltou que não conduzia o veículo porque não sabe dirigir e, ao final, destacou que, na data dos fatos, encontrava-se na casa de sua prima, acompanhado de sua namorada (fls. 100).

Como se observa, a negativa do réu resta isolada ante o coeso substrato probatório produzido ao longo da instrução criminal, sendo insubsistente a alegação de insuficiência probatória.

Não bastassem as declarações da vítima, firmes e seguras no sentido de que o réu desembarcou de um veículo Fiat/Uno ocupado por outros 03 (três) indivíduos e, após lhe exibir uma arma de fogo, anunciou o assalto, subtraindo seus bens, há as declarações do Policial Militar Wellington no sentido de que abordou o acusado quando este conduzia o veículo da vítima.

E tendo a *res furtiva* permanecido na posse do réu, há a presunção da autoria delitiva, como assenta a jurisprudência, devendo o mesmo apresentar

escusas idôneas para ilidir tal presunção, o que não se verificou no caso vertente. Neste sentido, confira-se:

> "(...) *é cediço que, em se tratando de delito patrimonial, a apreensão da 'res' em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca para o fato, sob pena dessa presunção se transmudar em certeza apta a ensejar o decreto condenatório* (...)" (TJSP, 15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº. 0078089-91.2010.8.26.0000, Rel. Des. Amado de Faria, j. 26.05.11);
>
> "(...) *encontrado na posse da coisa obtida com a prática da infração (veículo furtado), horas depois do crime, o réu apelante devia apresentar justificativa verossímil (possibilidade do contrário), sob pena de configurar-se a prova de primeira aparência (prima facie) da autoria. É a evidence do direito inglês.* (...)" (TJSP, 9ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº. 0024071-67.2010.8.26.0050, Rel. Des. Penteado Navarro, j. 16.06.11);

No tocante as afirmações das testemunhas de defesa, deve-se consignar que, possuindo relação de parentesco ou amizade com o réu, suas declarações devem ser vistas com ressalvas, prevalecendo os demais elementos probatórios coligidos aos autos sob o crivo do contraditório, principalmente o fato de que o apelante fora reconhecido pelo ofendido, sem qualquer dúvida, nas 02 (duas) oportunidades em que este fora ouvido (fls. 12 e 95).

Portanto, por qualquer ângulo de observação, emerge do quadro probante a necessária certeza da responsabilidade penal do acusado em relação aos fatos que lhe foram imputados na denúncia, pelo que não há falar-se em ausência de elementos suficientes de autoria, tal qual sustentado nas razões do apelo.

Feitas as considerações necessárias, passo à análise da dosagem da pena.

O MM. Juiz *a quo*, considerando a ausência de circunstâncias desabonadoras, manteve a pena basilar no patamar mínimo legal, qual seja 04 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa. Após, o d. Magistrado elevou a reprimenda em 1/3, face ao emprego de arma e concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II do CP), totalizando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Por oportuno, anoto que, embora o acusado fosse menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos (fls. 23), impossível a redução da pena na segunda fase de dosagem, em razão da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I do CP), mormente ante o que dispõe a Súmula n. 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Anoto, ademais, que houvesse a Justiça Pública apelado, a pena imposta ao réu poderia ser majorada na terceira fase de dosimetria penal, em patamar superior ao estabelecido na r. sentença condenatória, porquanto havendo duas

Acesso ao Sumário

causas de aumento concorrentes – no caso o emprego de arma e o concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II do CP), circunstâncias que, aliás, restaram devidamente comprovadas ao longo da instrução criminal –, necessário que a majoração da pena se dê a maior do que se presente apenas uma das causas inscritas no artigo 157, § 2º do Código Penal, isto porque se verifica maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, devendo-se prestigiar o princípio da individualização das penas. Neste sentido, já se posicionou a jurisprudência:

> "*Em se tratando de roubo biqualificado, por ameaça exercida com emprego de armas e em concurso de agentes, a pena aplicada deve ser maior do que quando o delito for praticado através de uma única qualificadora, eis que as chances de sucesso, na primeira hipótese, são maiores e a vítima, mais intimidada, terá menores chances de reação*". (TACRIM-SP – AC Rel. Silva Rico – RJD 13/134).

> "*Na hipótese de existir concurso de causas de aumento da pena prevista para o crime de roubo, para evitar tratamento igual para situações diferentes, em princípio, a menor fração de aumento previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal deve ser destinada ao caso de apenas uma qualificadora; havendo duas, a majoração deve ser de 3/8; existindo três, eleva-se em 5/12; em se tratando de quatro, o aumento deve ser de 11/24; e, por fim, verificada a concorrência das cinco causas de aumento previstas, o acréscimo deve alcançar o patamar máximo, ou seja, a metade*". (STJ – HC 200500404806 – (42459 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 10.10.2005 – p. 00403).

Não obstante, a ausência de recurso da acusação impede a agravação da reprimenda, sob pena de *reformatio in pejus*.

Quanto ao regime prisional, acertada a imposição de regime inicial fechado, considerando a gravidade *in concreto* do delito, vez que o apelante, agindo em comparsaria e mediante o emprego de arma de fogo, subjugou o ofendido e subtraiu o carro e os pertences pessoais dele, a demonstrar seu total desprezo pela norma penal e pelas regras de convívio em sociedade.

Outrossim, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que o regime inicial fechado é o que melhor se ajusta aos agentes condenados pela prática de roubo. Neste sentido, confira-se:

> *O regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário* (STF, HC n.º 74.301-3, origem São Paulo, DJU 6.12.96, pág. 48.711).

Portanto, fica mantido o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda carcerária, nos termos do artigo 33, § 3º do Código Penal.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005939-60.2012.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante C.R.L.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Claudio Faccioli, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, deram parcial provimento ao recurso para desclassificar a imputação inicial feita ao apelante, dando-o como incurso no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22190)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 3 de junho de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade – Depoimento da vítima e testemunhas – Crime contra os costumes que por vezes não deixa vestígios – Prova oral supletiva suficiente à materialidade – Condenação mantida – Ausência de contato libidinoso caracterizador do delito do art. 217-A do CP, ainda que na forma tentada – Desclassificação para a contravenção penal do art. 65 da LCP – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 140/147, com relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar C.R.L.M. ao cumprimento da pena corporal de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo deferido o recurso em liberdade.

Apela a defesa buscando a absolvição, com fulcro na fragilidade probatória. Como tese subsidiária, bate-se pela desclassificação para a contravenção penal do art. 61 da LCP, alteração do regime prisional inicial e substituição da pena

corporal por restritivas de direitos.

Recurso processado e respondido, com manifestação do Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo não provimento do pedido.

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

Foi o acusado processado e condenado porque, segundo a denúncia, no dia ..., na cidade de ..., praticou ato libidinoso com T.C.A.R., menor de 14 anos.

Segundo narra a inicial acusatória, o réu é pai da companheira do genitor da vítima, nascida em ..., motivo pela qual ela frequentava sua casa e o chamava de "...". Na data dos fatos, a ofendida e sua irmã L. estavam na residência do acusado. Em dado momento, ele a chamou e, quando ela se aproximou, segurou-a e deu-lhe um beijo, introduzindo a língua em sua boca. A vítima se assustou e procurou se afastar, mas ainda lembrou-se de L., que estava no quarto, e trouxe-a para sala, onde estava a mulher do apelante, na companhia de quem ficou até que sua madrasta surgiu para levá-las embora.

Embora destacado o empenho da zelosa defesa, tem-se que a solução absolutória buscada é impraticável, na medida em que o acervo probatório reunido nos autos não permite dúvidas quanto à materialidade e autoria delitiva.

O recorrente, tanto em juízo quanto na fase policial, negou a acusação. Na Delegacia, disse que os filhos de R. sempre frequentaram sua casa, vez que costumavam almoçar juntos no domingo. Na data dos fatos, foi na companhia de sua amásia N. até a casa de C., pois queria ver sua netinha L.. Chegando lá, ofereceram para levar a menina para sua casa. T., que estava com C., pediu se podia ir junto com a irmã para sua casa, tendo C. concordado. Lá chegando, N. foi assistir televisão e ficou no sofá da sala, enquanto ele ficou brincando com as meninas no seu quarto e no corredor. Determinado momento, foi deitar-se e dormiu. Mais tarde, sua filha C. passou na sua residência e pegou as crianças. No dia seguinte, um domingo, por volta de 11h, C. apareceu na sua casa dizendo que "*T. está lá em casa dizendo que o senhor beijou ela na boca*". Alega que ficou indignado com tal acusação, pois sempre teve T. como se fosse de sua família. Não entende por que ela está fazendo essa acusação. Acredita que possa ser ciúmes pela chegada de L., bem como de sua irmãzinha por parte da mãe. Nega todas as acusações feitas por T. contra sua pessoa, dizendo que jamais seria capaz de um ato como este (fls. 22/23). Em juízo, disse "*Não fiz isso com T.; até hoje não consigo entender o motivo que ela imputa estes fatos a mim*" (fls. 111).

Acesso ao Sumário

Todavia, vê-se pelas provas dos autos que a versão do acusado foi amplamente contrariada pelo firme depoimento da ofendida.

A fase policial, a menor afirmou que seus pais são separados e ela costuma ir à casa de seu genitor, o qual é amasiado com C., todos os finais de semana. Seu

pai tem uma filha, de nome L., de um ano de idade com C.. Costuma frequentar também a residência do genitor de sua madrasta, o qual chama de "...". Afirma que sempre foi muito bem recebida naquela casa e sempre teve muito carinho pelos pais de C.. Na data dos fatos, foi juntamente com sua irmãzinha L. para a casa do "...". Em determinado momento, o réu levou L. para o quarto dele e a colocou em sua cama. Estava indo para a sala, onde estava N., esposa do acusado, mas ele a chamou, dizendo "vem aqui T.". Quando se aproximou, o réu a segurou pelas mãos e lhe deu um beijo na boca, introduzindo a língua em sua boca. Alega que ficou muito nervosa e saiu em direção à sala, mas antes voltou e pegou sua irmãzinha que estava sentada na cama, temendo que o réu pudesse vir a beijá-la também. Neste momento, o recorrente acariciou seus braços com as duas mãos. Passado algum tempo, sua madrasta foi buscá-las para almoçar. No dia seguinte, contou para seu irmão J.V. do ocorrido, sendo que ele contou para seu pai, o qual ficou muito nervoso (fls. 05). Em juízo, manteve a mesma versão. Afirma que gostava muito de "...". Narra que estava no quarto dele, brincando com L.. Em dado momento, o réu se aproximou e sentou na cama. Alega que ele a puxou e encaixou-a entre suas pernas, segurou seu braço e tentou colocar a língua em sua boca. Conta que "*Eu fechei a boca e me afastei. Ele ainda passou as mãos em meus braços e eu consegui sair*". No dia seguinte, pela manhã, contou os fatos para seu irmão que, por sua vez, contou para seu pai e sua madrasta. Depois desses fatos, nunca mais teve contato com o apelante (fls. 102).

As testemunhas D. e R., pais da menor, confirmaram o relato da ofendida, dizendo que sua filha não costuma mentir e que ela não teria razão para inventar uma história dessas. Destacam, ainda, que a vítima sempre conta a mesma história, razão pela qual não acreditam que ela esteja inventando (fls. 07, 12/13, 103 e 105).

Assim, a prova oral coligida, calcada no seguro relato da menor e nos depoimentos das testemunhas, bem como os demais elementos de prova trazidos aos autos, permitem a segura conclusão quanto à responsabilidade penal do recorrente pela prática da conduta descrita na denúncia.

Vale destacar que a palavra da vítima, em casos como o dos autos, assume papel preponderante e goza de presunção de veracidade, assumindo especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível à condição humana que alguém incrimine inocente – quão mais pela ingenuidade inerente à idade da ofendida – daí porque seu relato ser merecedor de todo o crédito, mesmo porque amparado pelo conjunto probatório.

Assim, se a palavra da vítima está prestigiada pelo conjunto probatório, como se vê no caso em exame, a condenação é de rigor.

Nesse sentido já se decidiu que:

Acesso ao Sumário

"***A palavra da vítima é a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação, firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a condenação***" (RT 750/682).

"***Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima surge com coeficiente probatório de ampla valoração, ainda mais se corroborada pelos demais elementos dos autos***" (RT 666/295).

"***Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova da autoria fica reduzida praticamente às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado***" (RT 610/335).

"***Em temas de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesmo de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade***" (RT 442/380).

Desse modo, o desate condenatório era mesmo de rigor. Todavia, questão fulcral nestes autos é definir a exata classificação jurídica da conduta praticada pelo apelante.

O atentado violento ao pudor, como decorre da análise do tipo penal, deriva do ato libidinoso. E "*ato libidinoso ou ato de libidinagem é, via de regra, o inspirado pela concupiscência e destinado à satisfação do instinto sexual, em suas proteiformes manifestações*"[1].

E se a finalidade do ato, na lição da doutrina, é destinada a satisfação sexual, por modo diverso da relação, impossível verificar essa ocorrência na conduta do recorrente, o que afasta também a possibilidade de se reconhecer um crime de estupro de vulnerável na sua forma tentada.

Não se ignora que, em alguns casos, a distinção entre o crime de estupro, antigo delito de atentado violento ao pudor, quer na sua forma consumada ou tentada, e a contravenção penal, é de difícil ou sutil percepção, já que a diferença fundamental está no modo de agir do infrator, ou mesmo na sua manifestação verbal, quando ocorrida, razão pela qual não havendo prova segura quanto ao fim libidinoso, como exige a doutrina e jurisprudência, a solução mais adequada, é a desclassificação ou reclassificação da conduta.

E a contravenção, no caso examinado, é aquela tipificada pelo artigo 65 da LCP, vez que a conduta do processado ocorreu em lugar privado e não público, o que difere do art. 61 da mesma lei.

Portanto, acolhe-se em parte o apelo para dar o réu como incurso nas sanções do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, cuja pena prevista é de prisão simples, de 15 (quinze) dias a 02 (dois) meses ou multa.

Acesso ao Sumário

1 Direito Penal, E. Magalhães Noronha, Ed. Saraiva, 3º vol., 1982, pg. 128

No caso dos autos, considerando as circunstâncias da infração (vítima menor de 14 anos, enteada de sua filha, aproveitando-se o réu da natural confiança nutrida pela criança), deve-se fixar a reprimenda no máximo previsto em lei (02 meses de prisão simples).

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

Por fim, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, como acima analisado, não cabe a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito ou multa, com fundamento no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Ante todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para desclassificar a imputação inicial feita ao apelante, dando-o como incurso no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41, na forma acima especificada.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010673-19.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes RODOLFO JOSÉ FRANCISCO e LUCAS RODRIGUES REZENDE, 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: "Afastada a preliminar, negaram provimento aos recursos. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente) e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Processo Penal. Prova. Confissão judicial. Eficácia probatória. A confissão judicial tem um valor absoluto, servindo como base condenatória ainda que seja o único elemento incriminador.

Processo Penal. Prova. As declarações seguras e insuspeitas das vítimas devem preponderar sobre a negativa isolada do(s) acusado(s).

Penal. Pena. Roubo. Imposição de regime fechado. Necessidade.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformados com a r. decisão de primeira instância,[1] que condenou **LUCAS RODRIGUES REZENDE** e **RODOLFO JOSÉ FRANCISCO**, pela prática de crime de roubo triqualificado, na forma tentada,[2] respectivamente às penas de cinco anos e seis meses de reclusão, mais treze dias-multa; e seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão,[3] mais dezesseis dias-multa, os **réus** apelam suscitando, preliminarmente, nulidade do interrogatório realizado por videoconferência.[4]

No mérito, RODOLFO busca absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Ambos almejam, ainda: (1) redução das penas, (a) afastando-se a qualificadora referente à restrição da liberdade das vítimas, bem como a exasperação da pena-base de RODOLFO em decorrência dos maus antecedentes, alegando *bis in idem* em relação à majoração efetuada na fase seguinte, a título de reincidência, a qual pretende, ainda, reduzir para um sexto (1/6); e (b) reduzindo-se o patamar de exasperação decorrente das qualificadoras para o mínimo legal; e (2) mitigação de regime.

Os recursos foram regularmente processados, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

A preliminar suscitada não prospera.

A defesa dos réus alega nulidade dos autos em razão de seus interrogatórios terem sido realizados por meio de videoconferência, bem como pela ausência de defensor nos presídios em que os acusados se encontravam.

Entendo, contudo, de modo diverso.

Em primeiro lugar, observo ser o procedimento da videoconferência previsto em Lei.[5]

A MM. Juíza de primeiro grau determinou o interrogatório por videoconferência na r. decisão de fls. 131-vº, fundamentando-se na hipótese prevista no artigo 185, § 2º (III), do CPP. Quando da determinação, dois dos defensores públicos que assistiram os réus neste feito não apenas não manifestaram inconformismo com a decisão (fls. 131vº e 134vº), como, na última oportunidade citada, efetuou-se requerimento expedição de ofício ao CDP local, requisitando a presença de outros presos com características físicas semelhantes às dos acusados, para que eventual reconhecimento fosse realizado com observância do previsto no artigo 226, do CPP (o que efetivamente ocorreu,

Acesso ao Sumário

1 Fls. 147-51, Juíza Dra. ANA PAULA DE QUEIROZ ARANHA, cujo relatório fica adotado.
2 CP, arts. 157, § 2º (I), (II) e (V), c.c. 14 (II).
3 Ambos em regime inicial fechado.
4 Razões de recursos, fls. 175-87.
5 CPP, art. 185 § 2º.

como se depreende do termo de fls. 144).[6]

Aliás, o mesmo defensor público subscritor das razões recursais em exame esteve presente na realização do ato e, da mesma forma, nada manifestou quanto à nulidade ora alegada, fazendo-o apenas em sede de debates orais, conforme consta do termo de audiência de fls. 144.

Assim, tenho que a primeira preliminar arguida foi bem afastada na r. sentença,[7] especialmente pelas vítimas terem manifestado o desejo de depor na ausência dos acusados. É de se aplicar, desse modo, o artigo 563, do Código de Processo Penal, que dispõe que "[n]enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa." Não basta, para tanto, a simples alegação de sua ocorrência – frise-se novamente, sequer feita por ocasião da realização do ato. A parte que a reclama tem de demonstrar, assim, o efetivo prejuízo por ela suportado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Quanto à ausência de defensor no presídio, embora tenha sido a defesa intimada, na mesma r. decisão de fls. 131vº, para, caso "*entendesse necessário, providenciar defensor para participar do ato em que se encontra o réu, defensor este que, se o caso, será fatalmente nomeado pelo juízo, para tanto*", entendo ser mesmo causa de nulidade.

Isso porque, de acordo com o artigo 185, § 5º, do CPP, sendo o interrogatório realizado por videoconferência, fica garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e os presos. Ou seja, diferentemente do que consta da r. Sentença, há a necessidade da presença de dois defensores: um no presídio e outro na sala de audiência.

E, da leitura do termo de audiência, observo que os réus não estavam acompanhados de defensor.[8]

No entanto, a nulidade é relativa. Os réus não estavam indefesos. Seu defensor estava na sala de audiência, acompanhando todo o ato, sendo consignado expressamente no termo mencionado que "os réus se entrevistaram, reservadamente, com o Defensor Público, através de videofone". Não bastasse, tal como consignado em relação à primeira preliminar, a defesa (novamente) não demonstrou que a inobservância do procedimento causou prejuízo aos réus, que ofereceram regularmente suas versões a respeito dos fatos.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. O interrogatório realizado

6 Fls. 134vº.
7 Fls. 147vº-8.
8 Fls. 144.

Acesso ao Sumário

por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários. Para que seja declarada a nulidade do ato, mister a demonstração do prejuízo nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal. Ordem denegada (HC 340020/SP, 6ª Turma, rel. Ministro Paulo Medina, DJ 03.10.2005, p. 334).

No mesmo sentido a Súmula 523 do STF:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Afasto, portanto, a preliminar arguida.

No mérito, os recursos defensivos não merecem acolhida.

A condenação foi bem proferida. A prova dos autos é francamente desfavorável aos sentenciados.

Com efeito:

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão,[9] pelo laudo de exame pericial referente à arma de fogo empregada no delito,[10] bem como pela prova oral colhida na instrução.

A autoria também restou inconteste, sendo a prova oral robusta a ensejar a condenação dos apelantes. Senão, vejamos:

São estas, em síntese, as provas produzidas em juízo e colhidas por meio audiovisual, consoante a r. decisão recorrida:

(1) LUCAS confessou a prática delitiva. Negou, contudo, o envolvimento de RODOLFO nos fatos, alegando que não o conhecia, bem como que agiu em companhia de terceiro, de nome Cristiano, o qual logrou evadir-se com a chegada dos policiais;

(2) RODOLFO, por sua vez, negou a prática criminosa, afirmando ter sido detido pelos policiais quando saía de um "boteco". Também disse desconhecer LUCAS;

(3) as três vítimas ouvidas confirmaram amplamente os fatos narrados na denúncia, ressaltando a grave ameaça exercida pelos agentes, com emprego de arma de fogo e restrição de suas liberdades no andar superior da residência. W.L.M.A. e A.S.M.M. reconheceram ambos os apelantes como sendo os autores do delito, esclarecendo que RODOLFO estava armado e foi pego na casa do vizinho, enquanto LUCAS foi preso ainda no interior da residência. W.L.S.A., por sua vez, reconheceu apenas LUCAS com certeza; e

(4) os policiais militares que atenderam a ocorrência relataram que, ao chegarem ao local dos fatos, viram um dos assaltantes sair do interior da casa e pular o muro da casa vizinha. Priorizaram, porém, a detenção do elemento que estava dentro da casa e retinha a família, reconhecido pelos depoentes em

Acesso ao Sumário

9 Fls. 90.
10 Fls. 140-1.

juízo como sendo LUCAS, após o que a família foi liberada. Em seguida, foram efetuadas buscas nas outras casas, sendo que o outro agente foi encontrado na lavanderia de uma das casas, estando de posse do celular de uma das vítimas. Indagado sobre armas, ele apontou ter escondido a que portava sob a máquina de lavar. Não lograram os depoentes, contudo, reconhecer este último assaltante em juízo. Relataram, por fim, que os eletrônicos foram separados pelos rapinantes e seriam colocados no carro.

Muito bem.

A prova, portanto, longe de ser precária, é mais que suficiente para embasar a condenação de ambos os apelantes. Com efeito, a confissão judicial de LUCAS, à exceção da tentativa de isentar RODOLFO de sua responsabilidade nos fatos – tanto que este foi reconhecido inequivocamente por duas das vítimas em juízo –, encontra amplo amparo nas palavras da vítima e das testemunhas ouvidas.

Consoante a lição de Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, a confissão judicial, por presumir-se livre dos vícios da inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória ainda que seja o único elemento incriminador.[11]

A propósito, jurisprudência e doutrina selecionadas pelo eminente Desembargador Nelson Fonseca do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo em julgado proferido nos autos da ACrim nº 218.429-3/3:[12]

> Tem se entendido que "a confissão judicial (...) só perderá sua força se desmentida por veemente prova em contrário, como na hipótese de auto-acusação falsa" (RT 625/338). Ademais: "Sem margem para divagações doutrinárias ou construções hermenêuticas, a confissão judicial constitui elemento seguríssimo de convicção. Apenas especialíssima e incomum circunstância que lhe evidencie a insinceridade justifica sua recusa" (JTACrimSP – Lex 93/239 – Des. Canguçu de Almeida). No mesmo sentido a lição do Prof. Vicente Greco Filho, in Manual de Processo Penal, 1991, p. 203: "Na verdade a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado".

As declarações das vítimas, por partirem de pessoas insuspeitas, constituem elemento seguríssimo de convicção, quando não contrariadas por outras evidências, merecendo, até prova em contrário, credibilidade.

11 Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal (São Paulo: Ed. RT, 2ª ed., 1987), p. 86. Nesse sentido: TACrimSP, Aps. ns. 384.150, 414.342, 493.605, 1.058.901, 1.147.261, 1.148.669, 1.149.501, 1.150.069, 1.154.889, 1.155.807, 1.158.969, 1.159.027, 1.159.299, 1.159.649, 1.164.147, 1.174.107; TJSP (SAJ), Apelação n. 990.08.008670-7, 990.08.041300-7, 990.08.045361-0, 990.08.048124-0, 990.08.074602-2, 993.07.094434-0, 993.07.116292-2, 993.07.117876-4, 993.07.118931-6, 993.08.004614-0, 993.08.009135-8, 993.08.014728-0, 993.08.020403-9, 993.08.022304-1, 993.08.027828-8, 993.08.029391-0, 993.08.030316-9, 993.08.042443-8.

12 RT 744:573.

Acesso ao Sumário

A respeito, tenho reiteradamente decidido no sentido de que "[e]m sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa no identificar o autor do assalto".[13]

A doutrina, como anotou o eminente hoje Desembargador Penteado Navarro, ao relatar a Apelação nº 882.591, do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado,[14] atribui à palavra da vítima idêntico valor.[15]

Considere-se, ainda, que:

> A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão que procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto.[16]
>
> A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos.[17]
>
> No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes.[18]
>
> Prova – Palavra da vítima. Valor: a palavra da vítima é de suma importância e deve predominar.[19]

Ainda sobre a prova, anoto que esta C. Câmara tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser policial a testemunha não afeta – positiva ou negativamente – o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados.[20]

13 JTACrimSP, 95:268; Bol. Mensal Jurispr. TACrimSP, 35:24; RJDTACrimSP, 2:236 e 3:156; Aps. ns. 576.063, 1.044.943, 1.060.383, 1.391.869, 1.421.145, 1.432.733, 1.445.737, 1.452.179; TJSP, Apelações n. 425.154, 578.298, 796.363, 832.109, 837.877, 844.607, 1.126.190, 1.132.982, 1.140.109, 1.155.569, 1.170.411, 1.172.343; 394.460, 418.678, 948.304, 990.09.039042-5, 990.09.083892-2, 993.08.018663-4; TJSP (SAJ), Apelações ns. 990.08.001034-4, 993.08.043578-2, 993.08.046431-6; Embargos infringentes n. 993.07.031372-2/20000.

14 RT, 718:430.

15 Carl Joseph Anton Mittermaier, Tratado de la Prueba em Materia Criminal (Madrid:Reus, 10ª ed., 1979, trad. Pedro Aragonese Alonso), p. 290-91; Nicola Framarino Dei Malatesta, Logica de las Pruebas em Materia Criminal (Bogotá:Temis, 2ª ed., 1978, trad. Simon Carrejo e Jose Guerrero), v. II, p. 143-44; Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal (São Paulo:Saraiva, 3ª ed., 1994), p. 111; Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal (São Paulo:Saraiva, 1969), p. 120; José Lisboa da Gama Malcher, Manual de Processo Penal Brasileiro (Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1980); Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal (São Paulo:Atlas, 4ª ed., 1995) p. 288.

16 TACRIM; Ap. nº 1.071.263/0 – São Sebastião, 11ª Câmara; rel. Juiz RENATO NALINI; j. 15.9.97; v.u.

17 JUTACrimSP, 94:341, Rel. Juiz Celso Limongi.

18 RT 484:320.

19 TJSP, Apelação Criminal nº 1.433.855/5, j. 29.7.2004.

20 TACrimSP, Apelações nº 312.301, 348.938, 370.522, 374.198, 395.129, 401.995, 412.061,

Este é o entendimento da mais alta Corte de Justiça da Nação:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.[21]

Nesse sentido:

O depoimento testemunhal do policial que atuou na ocasião do flagrante possui eficácia probatória, sendo certo que não se pode descartá-lo e deixar de considerá-lo como suporte da condenação, pelo simples fato de emanar de agentes estatais incumbidos da repressão penal.[22]

Prova – Depoimento de policiais. Valor: a palavra dos policiais que participam da prisão, ou da diligência que resulta na localização dos bens roubados, deve ser analisada em conjunto com as demais provas e, em princípio, ser considerada sem nenhuma ressalva.[23]

Destaco, ainda, quanto a RODOLFO, que a jurisprudência tem reiteradamente decidido, em tema de delito patrimonial, que a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza, por isso mesmo, o desate condenatório.[24]

Confira-se o seguinte julgado:

A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.[25]

As qualificadoras restaram, do mesmo modo, amplamente demonstradas pelas palavras dos ofendidos. Eles foram categóricos ao afirmar terem sido

418.776, 453.340, 637.707, 1.022.143, 1.048.215, 1.050.099, 1.159.259; TJSP, apelações n. 404.622, 407.823, 425.154, 481.453, 825.284, 832.353, 836.639, 841.738, 856.298, 860.322, 862.376, 864.704, 869.910, 874.485, 879.300, 883.426, 889.401, 891.014; TJSP (SAJ), Apelações ns. 990.08.010368-7, 990.08.018916-6, 990.08.025604-1, 990.08.173115-0, 990.08.192519-2, 990.08.193079-0, 990.08.193292-0, 990.09.002320-1, 990.09.137990-5, 990.09.146743-0.

21 HC nº 74.608-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

22 TJSP, Des. Walter de Almeida Guilherme, RT 816:548.

23 TJSP, Apelação nº 1.439.961/1, j. 27.9.2004.

24 JUTACRIM: 66/410, 98/206; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96; TJSP, Apelações nº 922.341, 924.723, 927.253, 936.020, 957.182, 976.297, 983.272, 1.011.686, 1.014.393, 1.042.559, 1.049.812, 1.080.838, 1.083.025, 1.084.972, 1.090.789, 1.094.515, 1.118.812, 1.121.632, 1.147.925, 1.155.398, 1.170.411, 1.189.776; TJSP (SAJ), Apelação n. 990.08.011498-0, 990.09.066235-2, 990.09.072128-6, 990.09.091035-6, 990.09.091622-2, 990.09.112190-8, 993.08.026723-5, 993.08.028684-1, 993.08.031129-3, 993.08.037714-6, 993.08.039998-0, 993.08.039292-7.

25 RJDTACrimSP 27:180.

Acesso ao Sumário

abordados pelos apelantes, sendo que RODOLFO portava a arma de fogo, cuja aptidão foi constatada às fls. 140-1. Evidente, ademais, que os apelantes atuaram em conjunto, estando, daí, presente o vínculo subjetivo.

Não assiste razão, neste ponto, à defesa ao buscar o afastamento da qualificadora de restrição à liberdade das vítimas.

Entendo que os ofendidos foram mantidos em poder dos apelantes por tempo superior ao necessário. Ou seja, após a abordagem, os réus poderiam ter recolhido os pertences que lhes interessavam e fugido do local. Mas não. Optaram por mantê-las em quarto situado no andar superior da residência, privando-as de suas liberdades por tempo juridicamente relevante (entre quinze e trinta minutos, conforme relatado pelos ofendidos). A meu ver, caracterizada a qualificadora.

Nessa conformidade, sou pela manutenção do édito condenatório.

No que toca às penas, observo que a r. sentença não foi redigida com a melhor técnica. Não andou bem a MM. Magistrada ao valorar, em relação a RODOLFO, a circunstância agravante da reincidência na primeira fase, bem como por não estabelecer, de modo claro e objetivo, quais as certidões empregadas para fundamentar as majorações decorrentes do reconhecimento dos antecedentes desabonadores e da reincidência em relação ao mencionado apelante, em observância ao sistema trifásico.

No entanto, mesmo com tais ressalvas, observo que não há dúvida sobre a dosimetria da pena aplicada pela Magistrada. Com efeito, reconhecidos os maus antecedentes[26] e a reincidência – e há certidões distintas a atestarem tais circunstâncias, como se vê às fls. 15 e 16, do apenso, não tendo ocorrido, desse modo, o alegado *bis in idem* –, a pena foi, consideradas ambas as fases da dosimetria, bem exasperada pela metade.

Incidiu ainda, em relação a ambos os apelantes, aumento no importe de dois quintos (2/5) na derradeira fase, em decorrência das qualificadoras.

A triqualificação do delito, por maior a reprovabilidade da conduta, a exigir resposta mais aguda do Juiz Criminal, e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização da pena, autoriza – como de resto vem decidindo majoritariamente esta C. Corte, na conformidade, aliás, com o sufrágio da C. 1ª Turma do C. Supremo Tribunal Federal – a aplicação de fração superior à mínima de um terço.[27]

Acesso ao Sumário

26 Que, como circunstância prevista no artigo 59, do CP, não só pode, como deve ser empregada, visando a uma individualização mais adequada da pena do sentenciado.

27 RTJ, 157:138, 143, Rel. Min. Moreira Alves: "no que diz respeito ao concurso de causas de aumento de pena, variando a fixação deste de 1/3 à metade, e havendo duas causas concorrentes, há, sem dúvida, maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, razão porque é mais correta a corrente doutrinária que sustenta que, nesse caso, ambas devem ser consideradas para a fixação, além do limite mínimo". Nesse sentido: STF, HC 76.405-1; STJ, RESP 713.606-0; TACrimSP, Aps. ns. 1.050.849, 1.058.895, 1.081.955, 1.081.961, 1.082.391, 1.082.825, 1.084.319, 1.084.493, 1.087.015, 1.126.219, 1.350.789, 1.351.393, 1.365.051, 1.372.187, 1.373.011, 1.421.145; Rev. nº 288.844, 315.810, 317.592, 429.536, 496.634.

O redutor intermediário aplicado em razão do reconhecimento da tentativa também não comporta reparos, ante o *iter* percorrido pelos apelantes no delito. Com efeito, eles já haviam recolhido e separado os equipamentos eletrônicos que pretendiam subtrair quando da chegada da polícia. Inviável, assim, a incidência de redutor maior.

Anoto, aliás, que RODOLFO evadiu-se do local já de posse do celular de uma das vítimas, fato suficiente, no meu entender, para o reconhecimento da consumação delitiva em relação a ele. Impossível, contudo, agravar-se sua situação, diante do recurso exclusivo da defesa.

Por fim, outro não poderia ter sido o regime de cumprimento das penas, fundamentando a r. decisão recorrida na gravidade concreta do delito praticado pelos apelantes, a indicar a imprescindibilidade de aplicação do regime mais severo.

Acrescento a isso meu entendimento, inúmeras vezes manifestado, de que o regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração.

A respeito, confiram-se as Ementas Oficiais seguintes da antiga 7ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado:

> Se a gravidade do roubo não é significativa e conseqüente – seja para justificar a prisão processual, seja para determinar o regime fechado, seja para qualquer outro efeito relevante – manda a coerência que se assemelhe a "gravidade" a uma irrealidade jurídico-penal. Se assim for, não se compreende a aplicação do critério da proporcionalidade cominativa ao roubo, convindo mais, do ponto de vista lógico, que se lhe impusesse sanção pecuniária. E só. (*Habeas Corpus* nº 354.728-1)[28]
>
> A volumosa casuística dos roubos praticados por condenados, que se encontravam sob regime semi-aberto, mostra, ineludível e incontrastavelmente, que os criminosos violentos devem ser mantidos no regime fechado até que se constelem evidências sólidas, apontando no sentido de escassa possibilidade de reincidência. (Apelação-Reclusão nº 1.183.025-6)[29]
>
> Roubo – Determinação do regime semi-aberto – Afronta ao princípio da necessidade e suficiência (CP, art. 59) – Temeridade. Considerando-se um dado estatístico (sete em dez condenados abandonam o regime intermediário) e uma previsão lógica (o foragido retoma a agenda transgressiva) tem-se por certo e inelutável que a não imposição de regime fechado ao criminoso violento deixou de ser uma dúvida teórica para se reduzir a concreta temeridade. Em tais condições, a fixação do regime semi-aberto apresenta-se desconforme ao art. 59 do Código Penal; não reprova nem previne suficientemente. Que eficácia reprovativa

28 Ementa nº 55 publicada no DOE de 17.4.2000.

29 Ementa nº 57 publicada no DOE de 17.4.2000.

Acesso ao Sumário

terá um regime de que o condenado zomba? Que eficácia dissuasiva há de ter uma tíbia condenação de que o virtual criminoso não faz caso e escarnece? (Apelação-Reclusão nº 1.205.473-2, j. em 28/9/2000)[30]

Nesse sentido, tem se manifestado o Eg. Supremo Tribunal Federal:

Justifica-se a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena com fundamento na periculosidade do agente, decorrente da prática de roubo com duas qualificadoras (emprego de arma e concurso de menor inimputável), máxime em vista da crescente onda de assaltos a mão armada e de crimes violentos que assola o País (cfe. *Habeas Corpus* nº 70.557).[31]

Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do *quantum* dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime. *Habeas Corpus* indeferido.[32]

Mesmo tratando-se de réu primário, condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão, nada impede – especialmente nos casos de assalto a mão armada – que o Juízo sentenciante fixe o regime prisional fechado para efeito de início de cumprimento da sanção penal imposta ao condenado. *Habeas Corpus* indeferido.[33]

Nesse mesmo diapasão:

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP.[34]

(...) ressalvados entendimentos em contrário, tenho que o regime prisional fechado é o mais adequado diante da audácia, destemor e periculosidade de quem se põe a praticar crime de roubo fazendo uso de violência física, em concurso de pessoas, diante do estabelecido no artigo 59 do Código Penal. A quantidade de pena aplicada e a primariedade não impedem o rigor na fixação do regime de cumprimento da pena. Nesse sentido, o melhor entendimento jurisprudencial:

"Poderá o juiz determinar regime fechado para réu primário condenado a pena inferior a 4 anos, como também poderá estabelecer regime prisional aberto para o reincidente, desde que os critérios previstos no art. 59 do Estatuto repressivo o sugiram" (ACR nº 140362-3 – SP – 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator Des. Celso Limongi – jul. 1.7.93).

Acesso ao Sumário

30 Ementa nº 79.

31 *Habeas Corpus* nº 76.405-1, rel. Min. Moreira Alves, *in* TACrimSP, As Mais Recentes Decisões – 13, p. 16.

32 *Habeas Corpus* nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98, pág.5.

33 *Habeas Corpus* nº 74.536-9, 1ª Turma, 18.2.98, DJU de 20.3.98, pág.5.

34 STJ, REsp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, rel. Min. Anselmo Santiago, *in* RT 759:584.

"Regime prisional – Fechado – Substituição pelo regime semi-aberto – Réu primário – Inadmissibilidade – Determinação do regime inicial que se faz com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal – Hipótese em que o crime de roubo evidencia a periculosidade do agente – Sentença confirmada – Recurso não provido" (Apelação Criminal nº 167.440-3/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator Des. Nelson Fonseca – julg. 15.9.94).

"Regime prisional. Roubo. Imposição da modalidade fechada para início de cumprimento da pena. Necessidade: o regime fechado é o único compatível com o início de cumprimento de pena imposta ao autor de roubo, anotando-se ainda que inexiste relação automática entre a quantidade de pena reclusiva e a determinação da modalidade prisional, seguro que esta será feita com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, denotando a perpetração de roubo personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social" (Apelação nº 1.029.461 – 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – Relator Juiz Corrêa de Moraes – julg. 19.9.96).

"Regime prisional. Fixação. Observância do art. 33, § 2º, do CP e também dos critérios do art. 59. Necessidade: a determinação do regime inicial de cumprimento de pena não se faz com amparo, exclusivamente, no art. 33, parágrafo 2º, porém, com observância, também, dos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal, especialmente, porque o cumprimento em regime mais brando que o fechado não é decorrência automática da somatória e duração da pena, mas da faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena" (*Habeas Corpus* nº 287.500 – 14ª Câmara – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – Relator Juiz Oldemar Azevedo – julg. 2.4.96).

"Roubo. Consumação. Regime inicial de cumprimento de pena. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, firmou jurisprudência no sentido de que: 2. A determinação do regime inicial de cumprimento de pena não depende apenas das regras do *caput* e seu parágrafo 2º, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o *caput* do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59. Havendo a sentença e o acórdão, que a confirmou, com observância desses critérios, fundamentado adequadamente a adoção do regime inicial fechado, não comportam modificação, nesse ponto, para efeito de concessão do benefício de regime aberto, sobretudo no âmbito estreito de um *habeas corpus*. 3. *Habeas corpus* indeferido" (*Habeas Corpus* nº 70.289-SP – Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – Relator Min. Sydney Sanches – julg. 15.6.1993).

Não fora isso, tratando-se de roubo, uma das expressões da criminalidade, por si só, já justificaria maior severidade na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, ainda mais quando duplamente qualificado,

Acesso ao Sumário

pois "traduz-se no meio mais eficaz e correspondente a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta" (Apelação nº 628.831/5, da Col. Sétima Câmara, Rel. Juiz Hélio de Freitas).[35]

Privilegiar-se o autor de delito contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, exercida com arma de fogo, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o fechado, é desatender as finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime, vez que a gravidade da ação por ele perpetrada evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, sua intensa periculosidade, o que não pode ser desconsiderado na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.[36]

A respeito, outros inúmeros julgados.[37]

Destarte, pelo meu voto, proponho, afastada a preliminar, que se negue provimento aos recursos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0150241-35.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CHALERMKWAN INTHAPOO, é embargada EGRÉGIA 7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

35 TJSP, Apelação Criminal nº 1.169.650.3/2, Rel. Des. Ubiratan de Arruda.

36 RJDTACrimSP, 28:197, Rel. Ericson Maranho.

37 TACrimSP, Apelações nº 628.424, 672.553, 687.745, 710.271, 734.213. No mesmo sentido, RJDTACrimSP, 5:146, 7:153, 10:115 e 119, 16:141, 143 e 145, 17:165, 18:112, 19:156 e 162, 20:147 e 157, 21:285 e 383, 22:361 e 363, 23:316 e 337, 25:115 e 352, 26:62 e 164, 27:165, 167, 189 e 197, 29:159, 229 e 235, 30:254, 32:313, 33:249 e 316, 34:322 e 330, 35:346; RT, 697:313, 669:331; JTACrimSP, 91:116, 94:334, etc; TJSP, Apelações nº 314.780, 393.118, 430.981, 482.949, 794.099, 866.830, 972.686, 983.096, 990.576, 992.093, 995.327, 999.675, 1.003.684, 1.007.459, 1.014.838; TJSP (SAJ), Apelações ns. 990.08.013430-2, 990.09.018038-2, 990.09.047369-0, 990.09.047550-1, 990.09.123517-2, 990.09.137529-2, 990.09.163586-3, 990.09.184454-3.

Ementa: Embargos de declaração – Decisão colegiada em sede de Agravo em Execução que analisa o pedido de modo satisfatório e completo – Inexistência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão impugnado – Embargos rejeitados.

Não devem ser acolhidos os embargos se não se fizer presente qualquer obscuridade, omissão ou contradição no acórdão embargado que, expondo adequadamente os motivos da decisão, analisou inteiramente o pedido.

VOTO

Vistos,

CHALERMKWAN INTHAPOO opõe embargos declaratórios ao Ven. Acórdão de fls. 83/86, sustentando que o r. *decisum* é obscuro acerca da determinação quanto a oficiar-se à Polícia Federal para dar regular prosseguimento ao processo de expulsão da embargante.

Busca, assim, o acolhimento dos presentes embargos a fim de que seja sanada a alegada obscuridade. Aduz, ainda, que o presente tem por objeto, informar que a ora acusada, em sede de recurso de apelação interposto perante o Eg. Tribunal Regional da 3ª Região teve seu apelo parcialmente provido para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

É o Relatório.

Os presentes embargos não comportam acolhimento, uma vez que, *data venia* das ponderações efetuadas pela Defesa, o Ven. Acórdão embargado, prolatado em sede de Agravo em Execução, não padece da obscuridade apontada.

Verifica-se, com efeito, à simples leitura das questões ventiladas pela embargante, serem elas concernentes ao mérito da decisão, matéria que não pode ser objeto de embargos de declaração.

Nesse sentido:

"São admissíveis embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade, de modo que se tornam incabíveis quando visarem reexame cognitivo do *meritum causae*." (RJDTACRIM 9/161).

Pela sentença (cf. cópia de fls. 50/64), prolatada pelo MM. Juiz Paulo Marcos Rodrigues de Almeida, da 2ª Vara Federal de Guarulhos, a embargante, natural da Tailândia e sem qualquer vínculo com o Brasil, foi condenada como

Acesso ao Sumário

incursa no art. 33, combinado com o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 05 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 567 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em sede de execução provisória, julgando preenchidos os requisitos necessários, o Juízo das Execuções Criminais determinou, em 14 de maio de 2013, fosse a ré progredida para o regime semiaberto.

Dessa decisão, o d. Representante do Ministério Público interpôs, então, recurso de agravo em execução, que acabou sendo julgado procedente.

A Defesa inova apenas agora, em 24 de fevereiro de 2014 (e encartada aos autos, em 21 de março de 2014), informando que por decisão do Tribunal Regional Federal prolatada em 27 de novembro de 2012 (cf. cópia de fls. 96/97), teria sido dado parcial provimento à apelação da ré, para reduzir suas penas a 04 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a 486 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Observe-se que ven. Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal antecederia, portanto, inclusive a decisão do Juízo das Execuções que acabou sendo reformada.

Não há, todavia, qualquer contradição, obscuridade ou omissão no Acórdão proferido em sede de Agravo em Execução, mesmo porque a informação da reforma da r. sentença de 1º Grau foi trazida aos autos pela Defesa apenas em sede de Embargos, em momento evidentemente posterior ao julgamento.

É certo que a pena que deve ser cumprida pela ré é aquela que transitou em julgado. Essa decisão deve, todavia, ser comunicada, seja pela Justiça Federal, seja pela própria Defesa, à Vara das Execuções, que certamente julgará prejudicada todas as decisões em sentido contrário e determinará que seja cumprido o quanto determinado no Acórdão do tribunal federal.

O que não cabe é, mediante a supressão de uma instância, determinar-se essa aplicação em 2º Grau e, principalmente, em sede de meros embargos declaratórios, cujo âmbito é restrito às hipóteses legais.

No que concerne, por derradeiro, à determinação no sentido de ser expedido ofício à Polícia Federal, deve ela ser mantida, mas para os estritos fins constantes da decisão de 2º Grau em sede de Agravo em Execução: deve ser dada continuidade ao processo de expulsão. Eventual autorização para que tal expulsão se concretize deverá ser dada, nos ternos do art. 67 da Lei n. 6.815/1980, pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais, no momento oportuno.

Inexistente, portanto, qualquer omissão, obscuridade ou contradição no Acórdão proferido em Agravo de Execução, nada há para ser declarado, sendo certo que as questões ora arguidas não podem ser submetidas a reexame de mérito por esta Colenda Corte em sede de meros embargos declaratórios.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de "Habeas Corpus" nº 2046738-61.2013.8.26.0000, da Comarca de Jardinópolis, em que é paciente L.A.R., Impetrantes J.C.O.G.M. e H.A.M..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, deferindo ao paciente a liberdade provisória, nos termos indicados no voto do relator. Determinada a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do paciente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1220)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 7 de abril de 2014.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, Relator

Ementa: "Habeas corpus". Paciente denunciado pelos crimes de lesão corporal de natureza grave e embriaguez ao volante. A prisão preventiva constitui, na hipótese, medida que não atende ao princípio da proporcionalidade. Mostra-se antijurídica a prisão provisória quando se revelar mais gravosa que a sanção penal possivelmente imposta ao cabo do processo de conhecimento. Ponderação dos interesses em jogo que reclama a concessão da liberdade provisória, mediante as seguintes condições: (a) comparecimento aos atos do processo (artigo 319, I, do CPP); (b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (artigo 319, V, do CPP); (c) monitoração eletrônica (artigo 319, IX, do Código de Processo Penal). Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado por

H.A.M. e J.C.O.G.M. em favor do paciente L.A.R.. Alegam os impetrantes, em suma, que o paciente acha-se preso preventivamente – medida derivada da conversão da prisão em flagrante – por supostos crimes de lesão corporal de natureza grave e embriaguez ao volante. Obtempera que ausentes os requisitos para a segregação provisória, notadamente em face do que dispõe o artigo 286, par. 6º, do Código de Processo Penal, enfatizando a possibilidade da sua substituição por outra medida cautelar, prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, o pedido de liminar foi negado (fls. 82). Na sequência, sobreveio decisão de reconsideração, para que o paciente aguarde em prisão albergue domiciliar o julgamento, "devendo, ainda, comparecer mensalmente ao juízo comprovando suas atividades habituais" (fls. 105).

A d. autoridade coatora prestou informações.

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem, cassando-se a liminar.

É o relatório.

2. Consistente a impetração.

O exame dos autos revela indícios de que o paciente cometeu os delitos de lesão corporal de natureza grave – com dolo eventual – e embriaguez ao volante, na medida em que, conduzindo o veículo, da marca BMW, em altíssima velocidade e com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, deu causa a acidente automobilístico, provocando a colisão do referido veículo contra a traseira de um outro automóvel, com cinco ocupantes. Uma das passageiras deste segundo veículo sofreu ferimentos do qual resultaram a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e perigo de vida. É o que se infere das cópias das peças do inquérito policial, notadamente depoimentos das testemunhas (fls. 6/11). Tanto que o paciente acabou denunciado (fls. 123/125), sobrevindo decisão de recebimento da denúncia (fls. 126/127).

No entanto, conquanto as condutas, à primeira vista, traduzam um sensível grau de culpabilidade, inexiste notícia de que o paciente registre outra condenação definitiva. Nesse passo, um juízo prospectivo – considerando, inclusive, as penas cominadas aos delitos – revela que, no caso de condenação, existe uma significativa probabilidade de ser estabelecido regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade diverso do fechado.

Daí porque não se justifica, à luz do princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva do paciente, tendo em conta que, na prática, o preso provisório permanece em situação análoga ao condenado que cumpre pena em regime fechado. Ou seja, existe boa chance de que o paciente, se vier a ser condenado ao cabo do processo de conhecimento, terá uma sanção imposta menos gravosa do que a prisão preventiva.

Acesso ao Sumário

Deveras, **"de acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em 'regime' muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto" (STJ, HC nº 213.830, rel. Min. Jorge Mussi).**

Registre-se, com a devida vênia, que a situação do paciente não se amolda a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal, de sorte que se afigura descabida a prisão domiciliar.

Donde, o caso é de concessão da liberdade provisória, mediante as seguintes condições: (**a**) comparecimento aos atos do processo (artigo 319, I, do Código de Processo Penal); (**b**) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (artigo 319, V, do Código de Processo Penal), tendo em conta que a medida contribui para que condutas deste tipo não se repitam, assegurando, ainda, a permanência do paciente na Comarca em que se deram os fatos; (**c**) monitoração eletrônica (artigo 319, IX, do Código de Processo Penal), que constitui medida de apoio – conferindo maior efetividade – ao recolhimento domiciliar estabelecido (cfr. **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Comentado, RT, 12ª edição, pág. 692).

Deveras, trata-se de uma solução que representa uma adequada ponderação dos interesses em jogo (liberdade do paciente e presunção de inocência, de um lado; necessidade de garantia da ordem pública e da credibilidade da Justiça Criminal, bem como conveniência da instrução criminal, do outro) à luz do mandamento da proporcionalidade, tal como preconizado pela moderna dogmática (cfr. **ROBERT ALEXY**, Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, tradução de Virgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, págs. 93/103, 116/120; **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, 2ª edição, pág. 158; **LUÍS ROBERTO BARROSO**, Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 6ª edição, pág. 360). A aparente elevada reprovabilidade das condutas indica a necessidade das medidas cautelares ora impostas, que são adequadas ao caso concreto (artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal).

3. Ante o exposto, **concedo** a ordem, deferindo ao paciente a liberdade provisória, nos termos acima indicados, expedindo-se ***alvará de soltura clausulado*** em seu favor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2030940-26.2014.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é paciente TIAGO ENÉIAS DO NASCIMENTO e Impetrante LUCIANO PEREIRA DE ANDRADE.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM para afastar a condição especial de cumprimento da pena (prestação de serviço à comunidade), mantida, no mais, a r. decisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.328)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), ANTONIO LUIZ PIRES NETO e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – Afastamento da prestação de serviços à comunidade, imposta como condição especial para o regime aberto. Possibilidade. Note-se ser impossível que o magistrado fixe, como condição especial, a prestação de serviços à comunidade, pois o artigo 44 do Código Penal dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, logo, as penas restritivas de direitos não podem ser aplicadas cumulativamente às penas privativas de liberdade. Súmula 493 do STJ.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Impetra-se a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **TIAGO ENÉIAS DO NASCIMENTO**, sob alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal, partido do MM. Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Votorantim, nos autos da Execução Penal nº 943.532.

Segundo consta da impetração, o paciente foi condenado a 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, tendo sido imposta condição especial de prestação de serviços à comunidade, tendo sido substituída a sanção reclusiva

por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da sanção imposta.

Contudo, diante do descumprimento da pena restritiva de direitos, houve conversão em pena privativa de liberdade em regime aberto, mantida a condição especial de prestação de serviços à comunidade.

Insurge-se contra essa decisão.

Acena para a Súmula 493 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a impossibilidade de fixação de pena substitutiva como condição especial do regime aberto, que deve ser aplicada ao caso, mesmo que a decisão tenha sido anterior à edição da referida Súmula.

Diante disso, requer, liminarmente, a cassação da decisão que determinou a prestação de serviços à comunidade como condição especial para o regime aberto, sendo fixadas tão somente as condições obrigatórias do artigo 115 da LEP.

Indeferida a liminar, prestadas as informações de estilo, pela denegação da ordem foi o parecer ministerial.

É o relatório.

A d. autoridade, ora coatora, informou que o paciente foi condenado a pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, com a condição especial de prestação de serviços comunitários, substituída por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade, tendo a sentença transitado em julgado, em 14 de janeiro de 2013.

Em 17 de julho de 2013, o sentenciado foi procurado no endereço por ele declinado, mas não foi localizado. Instada, a Defensoria Pública pleiteou fosse dada oportunidade para apresentação de justificativa pelo sentenciado e, subsidiariamente, o afastamento da condição especial em caso de conversão da pena restritiva de direitos.

Por sentença datada de 14 de fevereiro de 2014, os pedidos foram indeferidos e a pena restritiva de direito foi convertida em privativa de liberdade.

Verifica-se, inicialmente, que, muito embora o paciente tenha recorrido da r. sentença, não se insurgiu quanto à fixação da referida condição especial.

É caso de concessão da ordem.

Note-se ser impossível que o magistrado fixe, como condição especial para o regime aberto, a prestação de serviços à comunidade, pois o artigo 44 do Código Penal dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, logo, as penas restritivas de direitos não podem ser aplicadas cumulativamente às penas privativas de liberdade.

Ademais, raciocinar de forma contrária ocasionaria dupla sanção ao sentenciado, primeiro com uma reprimenda privativa de liberdade e segundo

Acesso ao Sumário

com uma pena restritiva de direitos, o que é vedado.

Observa-se que poderá o magistrado impor, se achar necessário, condição especial para o cumprimento do regime aberto, com fulcro no artigo 115 da LEP, porém, o que não se admite é que referida condição se transforme em pena autônoma, pois esta não teria causa de existir, uma vez que a quem descumpre os requisitos estabelecidos na pena restritiva de direitos, cabe a já prevista conversão em pena privativa de liberdade.

Assim, acrescer à pena reclusiva uma prestação de serviços à comunidade como condição especial para o regime aberto, certamente, ocasionaria o surgimento de uma nova pena sem o cometimento de outro crime, ferindo o princípio "Nulla poena sine crimine".

Nesse sentido, o V. Acórdão:

"*Agravo em Execução – Conversão das penas restritivas de direito em pena privativa de liberdade – Pretensão de imposição de condição especial, nos termos do artigo 115 da LEP – Impossibilidade – A providência reclamada pela Justiça Pública (imposição de prestação de serviços à comunidade como condição para o regime aberto), carece de previsão legal – É certo que o artigo 115 da LEP autoriza o Juiz a estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto – Impossibilidade de fixar condições que constituam modalidade de pena autônoma, como é o caso da prestação de serviços à comunidade – O caráter substitutivo da pena restritiva de direito impede sua cumulação com a pena privativa de liberdade – Decisão mantida – Agravo desprovido*". *Grifo nosso (Agravo em Execução 990.08.186643-9, 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator Des. Borges Pereira).*

Consoante ressaltado, não há previsão legal para a cumulação de pena privativa de liberdade com a pena restritiva de direitos, pois esta é pena autônoma e substitutiva, e a aplicação conjunta configuraria *bis in idem*, o que é vedado.

Há a considerar, ainda, o teor da Súmula nº 493 do STJ que dispõe: "*É inadmissível a fixação de pena substitutiva (artigo 44 do CP) como condição especial ao regime aberto*".

Ante o exposto, **CONCEDE-SE A ORDEM** para afastar a condição especial de cumprimento da pena (prestação de serviço à comunidade), mantida, no mais, a r. decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº

2050575-90.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente WELLINGTON FELIX DOS SANTOS e Impetrante VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE 1ª INSTÂNCIA DA CAPITAL.

ACORDAM, em 7ª 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 427)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – EM RAZÃO DE SEU RITO ESPECIAL, O *HABEAS CORPUS* DEVE SER INSTRUÍDO COM PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DO OBJETO DO INCONFORMISMO, POIS SEU EXAME NÃO ADMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA – A AUSÊNCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS DE CONVICÇÃO ACERCA DA VERSÃO DOS FATOS SUSTENTADOS NA IMPETRAÇÃO REDUNDA NA IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em favor de WELLINGTON FELIX DOS SANTOS, paciente, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito do Plantão Judiciário de 1ª Instância da Capital, que, em tese, sem concreta fundamentação, converteu a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva.

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado sob a alegação de que suposto envolvimento do paciente com outros fatos que acarretaram a movimentação do Poder Judiciário, por si, não se mostra suficiente a revelar a conduta social que impediria a sua soltura.

Processado o feito, a fls. 35/36 foi **indeferida** a liminar.

Informações da autoridade indicada como coatora prestadas a fls. 39/40.

A fls. 42/46 manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, opinando pelo **não conhecimento** do *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

De proêmio, e respeitado o entendimento da Douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, cuidando-se o *habeas corpus* de *ação*, não há falar-se no seu não conhecimento, porquanto ao Poder Judiciário é vedado o *non liquet*.

Sendo o Direito ciência que se erige sob signos, não se admite a confusão de institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel (RE 590779, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38 RMP n. 42, 2011, p. 213-219).

Com efeito, o "não conhecimento" é expressão técnica pertinente ao requisito de admissibilidade recursal – mais especificamente a *falta dele* – diferenciando-se substancialmente daquelas hipóteses em que há *julgamento* da causa, ainda que sem análise do respectivo mérito.

A falta de documentos em *ação*, quando muito, pode gerar o "indeferimento" da inicial, hipótese em que, apesar da precária técnica legislativa, se traduz em verdadeira *sentença*, conforme se extrai da inteligência dos arts. 267, inciso I, combinado com arts. 295 e 162, § 1º, todos do Código de Processo Civil.

Fazendo jus o impetrante à resolução da lide proposta por *sentença*, resta apenas perquirir se o mérito haverá de ser enfrentado.

E a resposta é positiva.

Com efeito, a petição inicial está em ordem, e o impetrante reúne todas as condições da ação, de sorte a merecer provimento jurisdicional vocacionado à constituição da coisa julgada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço o pedido.

E, no mérito, o pleito não procede.

O que se verifica, de plano, é que o presente feito não foi devidamente instruído.

Conquanto afirme o impetrante na tese de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, não fez a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO prova do quanto alegado, deixando de trazer aos autos documentos ou outros elementos objetivos de convicção idôneos à demonstração da veracidade da versão dos fatos que apresentou, notadamente a ilegalidade do decreto de prisão processual por falta de fundamentação legal.

E, como cediço, o *habeas corpus* não admite dilação probatória, sendo necessária a prova pré-constituída para o seu devido exame, ônus que incumbe exclusivamente ao impetrante e, do qual ele não se desincumbiu, o que redunda,

Acesso ao Sumário

necessariamente, na declaração judicial da improcedência de seu conformismo (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – ORDEM DENEGADA. Em razão de seu rito célere, o *habeas corpus* deve ser instruído com provas pré-constituídas do objeto do inconformismo, pois seu exame não admite dilação probatória (TJMG – HC 1.0000.09.497581-0/000 – REL. DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS – JULG. EM 01/07/2009).

HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – ORDEM DENEGADA. Não tendo o *writ* sido instruído com provas que comprovassem a desnecessidade da custódia cautelar, não há como aferir a alegada irregularidade da segregação provisória, já que em razão da celeridade do remédio heróico, deve ser instruído com provas pré-constituídas do objeto do inconformismo, pois seu exame está adstrito ao acurado exame das peças que o instruíram. – Ordem denegada. (TJMG – HC 1.0000.09.492390-1/000 – REL. DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS – JULG. EM 12/05/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO COM DOCUMENTOS ESSENCIAIS À ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES. AÇÃO DE NATUREZA MANDAMENTAL QUE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS QUE COMPETE AO IMPETRANTE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI N. 12.433/2011. NORMA POSTERIOR MAIS BENÉFICA. LIMITE DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. 1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão que, ante a documentação insuficiente trazida à colação, indefere liminarmente a petição inicial, quando verificado que o agravo regimental não veio acompanhado do documento indicado como faltante na decisão agravada. 2. A ausência de cópia da decisão de primeiro grau nos autos inviabiliza a este Superior Tribunal saber quantos dias remidos efetivamente foram revogados pelo Juízo das Execuções Criminais, uma vez que a nova redação dada pela Lei n. 12.433/2011 ao art. 127 da Lei de Execução Penal limita a revogação por falta disciplinar a até 1/3 dos dias remidos pelo apenado. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 265298/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 10/04/2013)

Desta forma, não havendo provas do suposto constrangimento ilegal, vez que não acompanhou a exordial cópia da r. decisão monocrática que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva e sequer cópia da decisão que tenha

Acesso ao Sumário

indeferido os pedidos de revogação da prisão cautelar ou da liberdade provisória em favor do paciente, não há como se acolher pretensão defensiva, motivo pelo qual a ação deve ser julgada, em seu mérito, **improcedente**, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DENEGA-SE** a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0190962-29.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ELIO DOS SANTOS MENDONÇA, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI DA CAPITAL.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para cassar a decisão impugnada, confirmando a liminar. V.U. Compareceu o Dr. Elio dos Santos Mendonça.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial que desconstituiu o impetrante, advogado dativo, da defesa do réu e lhe aplicou multa no valor de 10 salários mínimos, em virtude de sua ausência, sem prévia comunicação, ao julgamento no Plenário do Tribunal do Júri. Os postulados constitucionais do devido processo legal (artigo 5º, LIV), bem como do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV) reclamam que o magistrado, antes de impor a sanção estabelecida no artigo 265, do Código de Processo Penal, dê ao advogado a oportunidade de se manifestar, viabilizando que apresente justificativa

Acesso ao Sumário

para o suposto abandono da causa. Providência não realizada na hipótese. Antijuridicidade caracterizada, com violação de direito líquido e certo do impetrante. Segurança concedida para cassar a decisão hostilizada.

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo advogado Elio dos Santos Mendonça contra decisão judicial que (a) lhe desconstituiu da defesa do réu, bem como (b) lhe aplicou a multa de 10 salários mínimos, por não ter comparecido, mesmo devidamente intimado do ato, nem comunicado previamente sua ausência, ao Plenário do Júri. Alega, em suma, que o não comparecimento foi motivado pela necessidade de socorro à sua genitora, que apresentou problemas de saúde. Ainda segundo a inicial, o impetrante recebeu, no dia designado para o julgamento, ligação telefônica de sua mãe, que mora em São José do Rio Preto, por volta das 03:00 horas, dizendo que passava mal e solicitando seu auxílio. Acrescenta que não havia como comunicar o juízo sobre sua ausência devido ao horário dos acontecimentos. Obtempera que a decisão hostilizada afigura-se ilegal, porque: (i) não teve a intenção de abandonar a causa; (ii) a sanção foi impingida sem que tivesse a oportunidade de se manifestar. Pugna pela concessão da segurança, cassando-se a decisão guerreada, assegurando-se seu direito de continuar na defesa do réu, bem como cancelando-se a multa imposta.

O pedido de liminar foi deferido (fls. 40/40vº).

A d. autoridade coatora prestou informações (fls. 45/53).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento do "writ" e, se conhecido, pela denegação da segurança (fls. 55/58).

É o relatório.

2. Tendo em conta que a decisão judicial afetou a esfera jurídica do impetrante e inexistindo recurso previsto no Código de Processo Penal, a fim de que o advogado punido busque a reforma do ato judicial, cabível o mandado de segurança (artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/09).

3. Assentado este ponto, consistente se afigura a impetração.

Verdade que o impetrante não demonstrou, nesta sede – e, no mandado de segurança, a prova há de ser pré-constituída –, o motivo invocado – necessidade de socorrer sua mãe – para deixar de comparecer ao julgamento.

Mesmo assim, com a devida vênia, a r. decisão hostilizada não pode subsistir.

A Constituição Federal, ao listar os direitos fundamentais, estabeleceu que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido

Acesso ao Sumário

processo legal (artigo 5º, LIV). E que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV).

Esses postulados constitucionais reclamam que o magistrado, antes de impor a sanção estabelecida no artigo 265, do Código de Processo Penal, dê ao advogado a oportunidade de se manifestar, viabilizando que apresente justificativa para o suposto abandono da causa. Conferir, nesta linha: **STJ, RMS nº 32.742, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; TJSP, MS nº 2056776-35.2013.8.26.0000, rel. Des. Pinheiro Franco; MS nº 0067381-74.2013.8.26.0000, rel. Des. Souza Nery.**

Isso – ao que se depreende dos autos – não sucedeu na hipótese vertente, tendo a d. magistrada desde logo destituído o impetrante e lhe aplicado multa. Houve, pois, maltrato, aos citados princípios constitucionais, pelo que a r. decisão afigura-se antijurídica, tendo violado direito líquido e certo do impetrante. Vale dizer, trata-se de ato judicial nulo.

4. Ante o exposto, **concedo a segurança** para cassar a decisão impugnada, confirmando a liminar.

Oficie-se, **com urgência**, ao juízo impetrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2051345-83.2014.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para cassar a decisão que deferiu a transação penal (fls. 42/43, destes autos), determinando-se o normal prosseguimento do feito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.644)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Ementa: TRANSAÇÃO PENAL – Proposição pelo Juízo – Inadmissibilidade – Faculdade do Ministério

Público. Segurança concedida.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, com pedido de liminar, contra a r. decisão da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal daquela Comarca que, nos autos de Ação Penal nº 182/2011, concedeu, de ofício, transação penal, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, ao acusado BRUNO FRATESI LOPES.

Sustenta, em síntese, que a decisão desvirtua a função jurisdicional, usurpando atribuição exclusiva do Ministério Público, a quem cabe a iniciativa da proposta do referido benefício, não admitindo a legislação que o juiz, de ofício, ofereça a transação penal.

Requer, assim, a reforma da decisão recorrida (fls. 02/09), instruindo a inicial com documentos (fls. 10/23).

Prestadas informações (fls. 28), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 32/35).

Apesar de devidamente notificado, não houve manifestação do litisconsorte necessário (fl. 41).

É o relatório.

O caso em comento trata da legitimidade para a proposta de transação penal.

Logo, a pretensão ministerial é procedente.

Primeiro, porque a transação penal é faculdade atribuída ao Ministério Público, que não pode ser concedida, de ofício, pelo Julgador, sem o assentimento do *Parquet*.

Esse entendimento baseia-se na interpretação gramatical do texto legal que criou o instituto e na natureza jurídica do benefício.

O art. 76 da Lei 9.099/95 é explícito e taxativo: "o **Ministério Público** poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta".

A possibilidade de prover o Juiz de competência alternativa para conceder o aludido benefício, na hipótese de recusa do Promotor, foi ignorada no diploma legal, não por mero descuido, mas por contrariar a índole do instituto em questão, que, como se infere da própria designação, tem natureza consensual, pressupondo acordo de vontades entre o Ministério Público de um lado, e o autor do fato, de outro lado.

Se o Juiz se imiscuísse na relação para sobrepor sua deliberação à das partes, oferecendo benefício que o Ministério Público recusou motivadamente, ou submetendo o acusado à proposta que este não aceitou, já não haveria

Acesso ao Sumário

anuência, consentimento, acordo recíproco de vontades, mas imposição daquele, sem autêntica participação dos principais intervenientes no processo de tomada da decisão.

Na transação que o Ministério Público e o acusado encetam, o papel do Juiz, como mediador de um conflito de interesses, é o de ajudar as partes a eliminar as divergências que as separam, visando ao encontro de um consenso, nunca resolver, unilateralmente, a disputa, impondo a vontade de uma sobre a da outra.

Se pudesse fazê-lo, apresentando proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, o juiz estaria exercendo uma função exclusiva do *Parquet*, já que as medidas despenalizadoras, constituindo uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, só podem partir do Ministério Público, na condição de *dominus litis*.

Ao propor a transação penal, está-se abrindo mão, excepcionalmente, da ação penal. E só o Ministério Público pode fazê-lo, visto que é dela o titular e, em consequência, o único que pode dispor da mesma.

O dispositivo legal estabelece, claramente, que a iniciativa da proposta é do Ministério Público, não fazendo qualquer exceção.

Cumpria ao Magistrado, não concordando com a recusa do Representante Ministerial, encaminhar os autos ao Procurador-Geral da Justiça (Súmula nº 696, do Colendo Supremo Tribunal Federal).

Além disso, o delito em questão (artigo 306, do CTB), tem pena em abstrato cominada (três anos) que excede o alcance do instituto.

Cuida-se, enfim, de decisão teratológica, insuscetível de subsistência por ignorar o texto expresso da lei de regência.

Ante o exposto, concede-se a segurança para cassar a decisão que deferiu a transação penal (fls. 42/43, destes autos), determinando-se o normal prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0071810-04.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são recorrentes/recorridos ADRIANE APARECIDA PEREIRA DINIZ IGNÁCIO DE SOUZA e FABRÍCIO NARCISO RODRIGUES DA SILVA e Recorrente/

A.M.P. GILBERTO MUNIZ RIBEIRO, é recorrido/recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a manifestação do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, e sustentação oral do Ilmo. Dr. Theodomiro Dias Neto, negaram provimento aos recursos, mantendo-se a decisão de primeiro grau tal como lançada. E mantiveram a suspensão do direito de dirigir. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.952)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 1 de abril de 2014.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Homicídio. Dolo eventual.

Recursos defensórios pleiteando anulação da pronúncia por excesso de fundamentação e, no mérito, absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação para delito de trânsito. Nulidade – Inocorrência – Alteração do decidido – Descabimento – Circunstâncias fáticas e pessoais dos agentes que dependem da análise cuidadosa de complexo conjunto probatório. Competência para a avaliação do Tribunal do Júri.

Recurso ministerial visando inclusão na pronúncia das qualificadoras elencadas na inicial. Descabimento. Afastamento bem justificado pelo Primeiro Grau.

Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de recursos em sentido estrito interpostos por **ADRIANE APARECIDA PEREIRA DINIZ IGNACIO SOUZA e FABRÍCIO NARCISO RODRIGUES DA SILVA**, bem como pelo representante do Ministério Público contra a r. decisão que pronunciou os réus como incursos no artigo 121, *caput*, e 121, *caput*, na forma do artigo 29, respectivamente, todos do Código Penal.

Insurge-se o Ministério Público, acompanhado pelo assistente da

Acesso ao Sumário

acusação (fls. 1291), pretendendo a submissão ao Tribunal do Júri também das qualificadoras contidas na denúncia oferecida, quais sejam, do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (fls. 1276/1290).

Buscando a reforma, manifestou-se também Adriane sustentando que o caso é de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 302 do Código de Trânsito Nacional. Alternativamente, defendeu a anulação da decisão, que estaria viciada por excesso de fundamentação (fls. 1303/1346).

Para sustentar os pedidos discorreu sobre a inexistência de vínculo subjetivo entre os agentes, o conteúdo do laudo trazido pela assistência técnica, os detalhes da prova oral, a inexistência de dolo eventual e sobre o nível de álcool efetivamente encontrado em seu sangue.

Na sequência, manifestou-se o réu Fabrício alegando, em preliminar, a ocorrência de nulidade em razão da ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal, uma vez que evidente a ausência de vínculo subjetivo entre ele e Adriane.

No mérito, pleiteou o denunciado a absolvição sumária ou, alternativamente, a desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Pretendendo fundamentar seu pedido apontou detalhes da prova oral e técnica que descaracterizariam qualquer participação sua no evento (fls. 1406/1438).

Contra-razões às fls. 1295/1302, 1348/1402 e 1234A/1253A.

A manutenção da decisão e a determinação de remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vieram às fls. 1271A.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 1291A/1297A, opinou pelo acolhimento somente do recurso ministerial para a inclusão na pronúncia das qualificadoras constantes na denúncia.

Através de expediente inicialmente protocolado perante o Primeiro Grau e na sequência encaminhado a este E. Tribunal, foi requerido pelo réu Fabrício o afastamento de medida cautelar imposta por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 0290631-26.2011.8.26.0000 que, ao conceder a ordem e soltar o paciente, suspendeu seu direito de dirigir até o julgamento final da ação no juízo *a quo*. Foi determinada a juntada, por linha, de tal expediente.

Por fim, a defesa de ADRIANE requereu, em complementação da documentação existente nos autos e que comprova o estado de saúde da acusada, a juntada de cópias de prontuários médicos referentes às duas últimas internações, motivadas por tentativas de suicídio, mencionadas em atestado médico anteriormente apresentado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

ADRIANE APARECIDA PEREIRA DINIZ IGNACIO SOUZA foi pronunciada porque teria, em 18 de novembro de 2011, assumindo o risco de produzir o resultado morte, por motivo fútil e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, na condução de veículo automotor, invadido a calçada de pedestres com seu automóvel e atingido Kaio Cesar Alves Muniz Ribeiro, causando-lhe ferimentos que foram a causa efetiva de sua morte.

Pelos mesmos fatos, foi também pronunciado **FABRÍCIO NARCISO RODRIGUES DA SILVA** que teria concorrido para o crime uma vez que, na condução de seu veículo, teria instigado Adriane a com ele participar de uma disputa automobilística na via pública, popularmente conhecida como "racha".

Segundo a denúncia, na noite do evento, Adriane, dirigindo um Audi A3 2.0 Turbo, acompanhada da testemunha Rafael de Lima Ribeiro, e Fabrício, pilotando um Camaro SS, tendo como passageiro Paulo César Strabelli, teriam aderido um à conduta do outro e, de forma livre e consciente, decidido participar de uma disputa automobilística.

Assim, teriam passado a conduzir seus veículos imprimindo velocidade e manobras incompatíveis com o local, sendo que em determinado momento, Adriane perdeu o controle de seu auto e invadiu o passeio de pedestres, atingindo e matando a vítima Kaio.

Os recursos não merecem prosperar, sendo, que no caso presente o *decisum* de Primeiro Grau deve ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A preliminar de nulidade por excesso de fundamentação alegada pela defesa de Adriane, embora tenha sido ventilada como tese subsidiária ao pedido de desclassificação, será o primeiro ponto a ser analisado.

O argumento trazido nas razões é no sentido de que a decisão do Juízo *a quo* tal como estruturada teria analisado em nível demasiadamente profundo a prova, o que por ocasião de eventual julgamento em plenário, poderia vir a influenciar a final decisão dos jurados.

Sem razão.

O que se extrai de fls. 1236/1253 é que a manifestação do magistrado singular foi, sim, detalhada. Tal circunstância, porém, refletiu unicamente o cuidado do julgador ao demonstrar o porquê não acolhia, naquela fase processual, as inúmeras teses defendidas pelos acusados em suas manifestações.

Ao contrário do alegado, não se extrai dos termos do *decisum* conteúdo que ultrapasse a fundamentação que o próprio sistema processual exige para justificar a pronúncia, sendo certo que, não há que se falar em direcionamento prematuro dos juízes leigos.

O entendimento nesse ponto adotado ficará ainda mais esclarecido quando da análise dos argumentos recursais que tocam ao mérito e que, por sua complexidade, demonstram que outra não podia ter sido a postura do primeiro

Acesso ao Sumário

grau.

Já a preliminar levantada por Fabrício no sentido de que não haveria justa causa para o prosseguimento da ação contra si funda-se na ausência de vínculo subjetivo com Adriane o que, por consequência, afastaria o dolo de sua conduta.

Aqui, o alegado também se confunde com outros pontos recursais e, por isso, será em conjunto com eles analisado.

Pois bem, em suma, as teses levantadas nos recursos defensivos foram as de:

a) ausência de vínculo subjetivo entre os agentes e, por consequência, inexistência de dolo eventual. Adriane sustenta que teria se assustado com o modo agressivo com que Fabrício dirigia e que, ao tentar se afastar do mesmo teria perdido o controle de seu veículo e causado o acidente fatal. Fabrício, por sua vez, alega que não conhecia Adriane e que apenas passava pelo local quando avistou o acidente.

b) contradição na prova oral. Nesse ponto indicam os réus que há nos autos o depoimento de testemunhas civis e policiais que se contrapõem à fala de alguns milicianos que narraram terem visto, momentos antes do acidente, os veículos transitando na via pública imprimindo velocidade e manobras incompatíveis com o local.

c) insuficiência da prova técnica. Aqui invocam os réus os resultados dos laudos produzidos por peritos particulares que teriam chegado a resultados diversos daqueles constantes no laudo oficial e nos outros exames realizados pela polícia.

Nesse quadro, buscam as defesas a absolvição sumária de Fabrício, ou a desclassificação para ambos os acusados do delito de homicídio doloso previsto no Código Penal para o de homicídio culposo na condução de veículo automotor previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

Como se vê, o caso é complexo.

Para sustentar suas teses, as defesas elaboraram razões recursais que se estenderam ao longo de mais de quarenta laudas cada.

Nelas os representantes dos réus fizeram referência a inúmeros elementos constantes nos 08 volumes do processo.

Os depoimentos prestados em sede de instrução foram detalhadamente analisados e contrapostos, os laudos e documentos trazidos pelo perito oficial e pela polícia foram ponto a ponto contestados e até mesmo elementos que cercam o perfil psicológico dos acusados e estariam a influenciar na caracterização ou não do delito foram também amealhados.

Nesse quadro, era mesmo necessário que o primeiro grau esmiuçasse suas razões de decidir na fundamentação da pronúncia, sendo certo que outra

Acesso ao Sumário

não podia ter sido a conclusão para o caso que não a que chegou o magistrado singular.

Em outras palavras, andou bem o julgador ao determinar o prosseguimento do feito em relação a ambos os réus e sua submissão ao Tribunal do Júri sob a acusação de prática de homicídio simples com dolo eventual.

Com efeito, ao verificar a presença da materialidade, fez o Magistrado referência ao exame necroscópico e ao local do crime.

Ao concluir pela presença de indícios suficientes de autoria e participação, o Juízo *a quo* indicou quais dos inúmeros depoimentos policiais e civis colhidos na instrução descreviam a forma agressiva e imprópria com que os acusados dirigiam momentos antes dos fatos, bem como encontro de latas de cerveja nos veículos envolvidos.

Apenas, a título de exemplo, pois são vários os testemunhos que dão lastro à pronúncia e que foram referidos pelo N. Julgador de 1º. Grau, é trazido à colação trecho do depoimento de Luiz Eduardo Ferraz Monteiro que, quando ouvido, afirmou que estava com colegas de farda no posto Shell quando ***"num determinado momento passou os dois veículos, o veículo amarelo, o Camaro primeiro em altíssima velocidade e o Audi logo em seguida já acompanhando o Camaro e em seguida, isso em fração de segundos, já ouvi o estrondo da batida... fomos lá averiguar, chegamos de imediato e deparamos com o Audi no interior do estabelecimento, a grade arrancada, tudo demolido..."***. Segundo a testemunha, ambos os carros ***"estavam numa disputa ali, num 'racha'"*** (cf. fls. 1241).

Exatamente no mesmo sentido foram as falas dos também policiais Luciano, Vilmar e Carlos assim como a testemunha civil Silvana.

Além disso, fez, ainda, o Magistrado menção a pontos específicos da prova técnica, tais como as imagens captadas por câmeras de vídeo e os apontamentos dos peritos em relação à provável velocidade dos autos no momento do acidente, que corroboravam os elementos trazidos pela prova oral. Nesse ponto frisam-se as informações relacionadas pelo magistrado às fls. 1243/1245 da decisão impugnada.

Na sequência, enfrentou cada uma das teses trazidas pela defesa e concluiu pela pronúncia, uma vez que ante o que fora apresentado ao longo da instrução não havia como se falar, naquele momento processual, de demonstração inequívoca de inexistência de dolo eventual ou ausência de provas que indicassem tivesse o feito que ser conhecido diretamente pelo Juízo singular.

Em outras palavras, deixou claro o Magistrado que muitos eram os elementos a serem considerados e que, naquele quadro, não havia como se acolher de plano as alegações da defesa, sendo certo, que competia ao Conselho de Sentença analisar cuidadosamente a caracterização ou não do crime capitulado

Acesso ao Sumário

na denúncia.

É certo que o julgador de primeiro grau foi detalhista. Indicou ponto a ponto, trecho a trecho, página a página quais eram os elementos que orientavam sua decisão.

Porém, conforme anotado acima, outro não poderia ser seu proceder uma vez que os autos são recheados de documentos e as teses levantadas pelos representados dos acusados são deveras complexas.

Nesse quadro, tem-se que deve subsistir o decidido, tanto porque apontou os elementos exigidos para justificar a pronúncia, como o fez nos termos estritamente necessários ao caso concreto, não havendo que se falar em absolvição sumária, desclassificação ou excesso de fundamentação.

Analisando hipótese assemelhada e após afirmar que "A prova, todavia, permite suspeita fundada de que a colisão teve lugar durante um 'racha'", o Eminente Desembargador **DANTE BUSANA** asseverou:

"**Já anotou esta Câmara que 'a violência gratuita e estúpida dos 'rachas', que frequentemente mata e aleija pessoas inocentes, tem aconselhado se focalize a conduta dos insensatos participantes à luz do dolo eventual. Parece evidente que, dirigindo em altíssima velocidade na zona urbana, os tresloucados motoristas prevêem como possível acidente com ferimentos e mortes e aceitam esses resultados em última instância'. Em obra recente, deram-lhe razão EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI ao observar: 'Quem se lança numa competição automobilística de velocidade, numa cidade populosa, à custa da possibilidade de produção de um resultado lesivo, age igualmente com dolo eventual de homicídio, lesões e danos' (Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, págs. 501-02, 1ª. ed. Revista dos Tribunais, 1997)**" (Recurso em Sentido Estrito n. 249.440-3/5).

Destarte, devem ser improvidos os recursos interpostos por ADRIANE e FABRÍCIO.

Igualmente, tem-se que também não comporta guarida o recurso ministerial.

Ao afastar as qualificadoras, o magistrado levou em conta a dinâmica dos fatos descritos na denúncia e corretamente concluiu que a inclusão das majorantes na capitulação da conduta não se mostrava adequada.

Em relação ao motivo fútil, anotou o primeiro grau que a circunstância tal como descrita se confundia com o próprio dolo eventual.

Nas palavras do julgador: ***"o imputado envolvimento dos acusados em disputa automobilística e o dolo eventual que lhes é atribuído já encerra o acenado 'sentimento egoístico de disputa em alta velocidade'"*** e, em assim sendo, ***"se confunde com o próprio ânimo de indiferença com o resultado fatal, que é imputado aos acusados, sob a roupagem jurídica de dolo eventual"***

Acesso ao Sumário

(cf. fls. 1250).

Nesse quadro, considerar tal sentimento para de um lado caracterizar o dolo eventual e de outro a qualificadora implicaria em evidente *bis in idem*.

Em relação ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima que, segundo a denúncia, teria sido surpreendida quando caminhava pela calçada da via sem que pudesse esboçar eficaz reação, anotou o Magistrado que referida qualificadora só é compatível com o dolo direto e não com o dolo eventual.

De fato, é de se considerar que a surpresa quando impressa na conduta do agente tem origem na vontade preordenada de se valer do desaviso da vítima para assim assegurar o resultado pretendido.

A *contrario sensu*, não há como se admitir que o agente que atua simplesmente assumindo o risco de um resultado tenha em seu íntimo, ao mesmo tempo, a intenção inequívoca de se valer do elemento surpresa.

Por fim, cumpre observar que em seu arrazoado, o representante ministerial transcreveu ementas de acórdãos julgados por este E. Tribunal e por esta C. Câmara, tanto de minha relatoria quanto de outros membros do Colegiado, nas quais houve a manutenção na pronúncia de qualificadoras inicialmente descritas na denúncia.

Nesse ponto, importa ressaltar que da simples leitura das ementas verifica-se que nos casos colacionados a conduta descrita vinha pautada no dolo direto sendo que as circunstâncias especiais ou estavam "delineadas" nos autos ou havia "dúvida" sobre a sua efetiva ocorrência, hipóteses em que deviam mesmo ser submetidas ao crivo do Tribunal do Júri.

No presente caso, porém, conforme restou explicitado linhas atrás, das qualificadoras pretendidas uma se "confundia com o próprio dolo eventual" enquanto a outras "caracterizava verdadeiro *bis in idem*", exigindo, portanto, o pronto afastamento.

Por certo, em sua pesquisa o *parquet* há de ter encontrado precedentes também nesse sentido.

Por estes motivos, bem afastadas as qualificadoras, não sendo o caso de alteração também nestes pontos da decisão de primeiro grau.

Destarte, em vista do exposto, **nega-se provimento aos recursos mantendo-se a decisão de primeiro grau tal como lançada.**

Em relação ao pleito veiculado em expediente apartado visando o afastamento da cautelar imposta por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 0290631-26.2011.8.26.0000, que suspendeu o direito de dirigir do réu Fabrício, tem-se que a questão foi devidamente analisada e decidida por ocasião do julgamento da ordem referida.

Ademais, as razões de decidir ali expostas não perderam sua força ante

Acesso ao Sumário

qualquer dos argumentos trazidos pelo réu em seu pedido de revogação. Ao contrário, o fato atribuído ao ora recorrente é de extrema gravidade, tendo sido ele denunciado e posteriormente pronunciado, pela prática de homicídio, reconhecida a existência do dolo eventual, porque estaria participando de um "racha" em via pública. É caso, portanto, de aplicação do disposto no artigo 294, da Lei de Trânsito, como decidido anteriormente.

É de se lembrar que a cautelar beneficia o réu, posto que menos severa do que a medida que vinha ele até então suportando, qual seja, a prisão. **Assim sendo, mantém-se a suspensão do direito de dirigir.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0108191-72.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ALEKSANDER PINTO RAMIRO.

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 22.164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e PEDRO MENIN.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Rejeição da denúncia – Recurso do MP – Dano ao patrimônio público – Lixeira do Metrô danificada, em razão de nervoso, por ter sido roubado – Não configurado o dolo de destruir a coisa alheia – Apesar da imprudência da reação, não agiu com o fim específico de deteriorar o patrimônio público – Princípios da *ultima ratio* e adequação social – Em face das circunstâncias que margeiam os fatos, não merece o imputado, primário e possuidor de bons antecedentes, ser processado criminalmente – Nega-se provimento ao recurso ministerial.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela **Justiça Pública**, relativamente à r. decisão de fls. 73/75, que rejeitou a denúncia oferecida contra **ALEKSANDER PINTO RAMIRO**, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o D. representante requerendo o provimento do recurso, para que seja reformada a r. decisão, determinando-se o recebimento da denúncia e regular andamento do feito, em razão do dano ocorrido contra o patrimônio público (fls. 78/86).

Contrariado o recurso (fls. 93/96), a r. decisão atacada foi mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, às fls. 98, e o D. representante da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 102/103, opinou pelo não provimento do recurso ministerial.

RELATADOS.

Consta da denúncia, que no dia 20 de novembro de 2012, os agentes de segurança do Metrô, encontravam-se em serviço quando foram acionados, via rádio, para atender a um chamado acerca de um indivíduo que havia danificado uma lixeira de acrílico na estação da Sé, plataforma II, da linha vermelha. No local, Aleksander encontrava-se ao lado de sua esposa, ocasião em que confessou a prática do dano, pois estava nervoso, em razão de ter sido roubado na Praça da Sé.

Por r. decisão acostada aos autos às fls. 73/75, o D. Magistrado de 1º Grau rejeitou a denúncia, por falta de justa causa.

A r. decisão merece ser mantida, devendo ser improvido o recurso ministerial.

O crime de dano, para a sua configuração, exige o dolo de destruir a coisa alheia, no caso, o patrimônio público.

Pelo que se observa, não se verificou a configuração de referido dolo.

O D. Magistrado bem consignou que Aleksander admitiu o fato, alegando que agiu em um momento de nervoso, pois teria sido vítima de furto na estação do metrô e se prontificou a reparar o prejuízo.

Desse modo, evidenciou-se que sua ação não ocorreu com o fim específico de deteriorar o patrimônio público. Admite-se, sim, que foi imprudente na sua reação ao furto de sua mochila.

E como bem observou o D. Procurador de Justiça Dr. Paulo Marco Ferreira Lima:

O direito penal não deve ser compreendido com a simples e dogmática subsunção da letra fria da lei aos fatos ora versados, sendo necessária sua interpretação conforme o postulado da dignidade da pessoa humana, previsto

Acesso ao Sumário

*no art. 1º, III, da Constituição Federal, assim como, aos princípios da **ultima ratio** e da adequação social.*

Assim, em face das circunstâncias que margeiam os fatos, não merece o imputado, primário e possuidor de bons antecedentes, ser processado criminalmente.

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso ministerial.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0243910-79.2012.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é peticionário SANDRO ARAÚJO DE LIMA.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "julgaram improcedente a presente ação de revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BÁRTOLI (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, PÉRICLES PIZA, IVAN MARQUES, FIGUEIREDO GONÇALVES, ALEX ZILENOVSKI e IVO DE ALMEIDA.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Latrocínio – Decisão contrária à evidência dos autos – Inocorrência – Alegação da morte da vítima ter sido desencadeada por stress – Ação do autor eficiente para desencadear o óbito – Morte do ofendido causada pelo sofrimento causado pelo peticionário e sua comparsa – Crime caracterizado – Desclassificação para furto inviável – Pena e regime inalterados – Revisão Criminal indeferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Sandro Araújo de Lima foi condenado a cumprir vinte anos e oito meses de reclusão, por estar incurso nas penas do artigo 157, § 3º, última parte, c.c. o artigo 61, II, *h*, do Código Penal.

Ajuíza a presente ação aludindo de que deve haver a desclassificação para furto, pois, conforme se verifica do laudo de fls. 61, o ofendido teve morte causada por parada cardíaca desencadeada por stress. Desta maneira, entende que não poderia ter sido condenado pelo crime de latrocínio.

O Ministério Público do Estado de São Paulo argumenta que a ação deve ser julgada improcedente, pois está provado, pelo laudo pericial, que o estresse sofrido pelo ofendido decorreu dos ferimentos sofridos por ele.

Este é o relatório.

Está indicado nos autos que a vítima teria acertado com Débora sua ida até o seu apartamento para manterem relacionamento sexual. Esta, por sua vez, combinou com o autor que ele fosse até aquele local e então ambos dominariam a vítima e efetuariam roubo de bens.

Assim foi feito, como indicam as fotos. Dirigiram-se até o apartamento, dominaram a vítima utilizando-se de um estilete (apreendido no local – fls. 07), feriram-na e houve a morte por parada cardíaca, que teve como causa o stress, segundo o laudo pericial, "*o stress causou parada cardíaca*".

Estes são os fatos.

Pretende o autor ver admitida a impossibilidade da condenação pelo crime de latrocínio, pois não se estabelece a vinculação entre o ato e a causa da morte da vítima.

Acredito, com a devida permissão de entendimento diverso, que deve ser reconhecido que a ação do autor foi eficiente para a ocorrência do óbito.

Deve ser recordado que, quanto ao nexo de causalidade, nossa legislação adotou a teoria da equivalência dos antecedentes, ou ***conditio sine qua non***, segundo a qual, "*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*" (artigo 13, *caput*, do Código Penal).

No caso, como se verifica, o ofendido sofreu ferimentos atestados pelo laudo pericial, em razão da aplicação de golpes de faca na clavícula e mais dois outros no pescoço. Ora, este fato, os ferimentos, e o estar sob pressão de duas pessoas que pretendiam subtrair seus bens foram essenciais para que tivesse a parada cardíaca.

Não se trata de fato totalmente isolado. A ação deve ser analisada em todos os seus contornos e, neste caso, concluo que o agir do autor e de sua companheira foi decisivo para o fim.

Nem mesmo a eventual doença do ofendido elimina esta conclusão. Poder-

Acesso ao Sumário

se-ia argumentar que haveria concausa independente, o que afastaria o delito. Creio que não. Como acima foi exposto, é possível perfeitamente estabelecer que o ofendido sofreu a parada cardíaca em face do que estaria sofrendo e não de ato isolado.

Estabelece-se assim, ao meu juízo, que o ofendido foi a óbito em razão do sofrimento infligido a ele. Fixa-se assim que a morte estava na linha do desdobramento físico.

Reconhecida como veraz esta assertiva e tendo o autor subtraído bens, o que há é latrocínio. A morte e a subtração de bens da vítima, que estava morta ou em vias de morrer, fazem ocorrer o crime de latrocínio. Além do que, como corretamente observou o Dr. Procurador de Justiça, o resultado morte decorre dos golpes sofridos pelo ofendido, o que fixa a ocorrência de violência.

A pena, por sua vez, foi corretamente estabelecida e o regime outro não poderia ser senão o inicial fechado.

Em suma, pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação de revisão criminal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0125155-62.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. MÁRCIO BÁRTOLI E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, ROBERTO MORTARI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), MÁRCIO BÁRTOLI (com declaração), JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 26 de março de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 11.290, de 3 de janeiro de 2013, do Município de São José do Rio Preto, que permitiu a ampliação do potencial construtivo de imóveis localizados em pequena e específica região urbana ali definida – Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada

Acesso ao Sumário

não regula 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 que apenas tratou de tema pertinente ao uso e ocupação do solo urbano, inserido, portanto, na competência legislativa comum dos poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar – Exame do vício alegado em relação ao ato normativo impugnado que, no entanto, pode e deve ser realizado pelo órgão julgador sob outros fundamentos que não aqueles expendidos pelo autor, por vigorar na ação direta o princípio da causa aberta – Precedentes do STF – Legislação local questionada que deu tratamento individual e casuístico ao local que especifica, sem tomar em consideração o regramento de uso e ocupação do solo municipal em sua integralidade e os efeitos sobre o desenvolvimento urbano e o meio ambiente, desconsiderando os preceitos constitucionais que impõe tais providências – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos arts. 180, incisos I, III, IV e V, 181, *caput* e § 1º, 183, parágrafo único, e 191, da Constituição do Estado de São Paulo – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de São José do Rio Preto em face da Lei Municipal nº 11.290, de 3 de janeiro de 2013, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores, após rejeição do veto total do Chefe do Poder Executivo, que permitiu a ampliação de imóveis construídos em área do Município que especifica.

Acesso ao Sumário

Alega o autor, em apertada síntese, que: a legislação municipal atacada consubstancia indevida intromissão do Poder Legislativo na seara do Executivo local, ferindo sua exclusividade em decidir a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, em violação ao preceito do art. 5º da Constituição do Estado; a competência para deflagrar processo legislativo atinente a disposições

sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano é apenas do Poder Executivo, pois diz respeito à definição das medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável do Município; além disso, o ato normativo questionado dispõe sobre áreas cortadas pelo Córrego Piedade, declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, objetivando a implantação de unidades de conservação ambiental, para garantir a manutenção do "Cinturão Verde"; assim, a Lei Municipal nº 11.290/2013 atenta contra a finalidade específica das políticas de preservação ambiental levadas a termo pelo Município, em manifesta afronta às disposições contidas nos arts. 202, 205, inciso I, e 210, todos da Constituição do Estado de São Paulo, evidenciando sua inconstitucionalidade, em razão do vício de iniciativa.

Deferida a medida liminar postulada, para o fim de suspender os efeitos da legislação impugnada na ação (v. fls. 28/30), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 38 e 41/42).

A Presidência da Câmara Municipal de Sorocaba prestou as informações requisitadas, juntando documentos (v. fls. 44/47 e 48/83).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, pela incompatibilidade da Lei Municipal nº 11.290/2013, do Município de São José do Rio Preto, com os arts. 180, I, III a V, 181, 191 e 202, da Constituição Estadual (v. fls. 85/92).

Sobreveio, então, a apresentação de petição por parte de Márcio Marcelo Minikovski, na qualidade de terceiro interessado no deslinde da causa, defendendo a constitucionalidade da legislação questionada, sob a alegação de que se trata de ato normativo de efeitos concretos, visando a presente ação tão somente prejudicá-lo pessoalmente (v. fls. 94/100 e documentos de fls. 103/161).

Foi oportunizada nova manifestação à Procuradoria-Geral de Justiça, na qual propõe o desentranhamento daquela petição e, quanto ao mérito, insistindo na procedência da ação (v. fls. 164/171).

É o relatório.

A pretensão manifestada nos autos por Márcio Marcelo Minikovski não tem lugar no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade.

O art. 7º, *caput* e parágrafo 2º, da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, preceitua expressamente que:

> "Art. 7º. Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.
>
> (...)
>
> § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação

Acesso ao Sumário

de outros órgãos ou entidades".

Descabe, portanto, a intervenção de terceiros interessados em ação direta de inconstitucionalidade, admitindo-se apenas, excepcionalmente, a participação de órgãos ou entidades de expressiva representatividade, na qualidade de *amicus curiae*, em processos que envolvam matéria de grande relevância, hipótese que, à evidência, não se caracteriza no caso dos autos.

A propósito, adverte Alexandre de Moraes, na justa medida, que:

> "O STF não vem admitindo litisconsórcio ativo ou passivo ou a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado, em face da natureza *abstrata* desta espécie de controle, incompatível com o acesso de terceiros interessados somente em defender seus direitos subjetivos" (v. "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 2446).

E, realmente, nesse sentido, precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal assentou, precisamente, que:

> "A questão não comporta maiores debates no âmbito desta Corte, que já fixou a exegese de que somente têm legitimidade para figurar no pólo passivo da ação direta de inconstitucionalidade os órgãos ou entidades públicas responsáveis pela edição do ato normativo impugnado. Como se sabe, o processo de controle concentrado tem características próprias que o diferenciam do processo subjetivo, razão pela qual não lhe são aplicáveis supletivamente todas as regras instrumentais do CPC, como, por exemplo, aquelas relacionadas à intervenção de terceiro.
>
> Questão absolutamente análoga foi amplamente examinada na ADIMC 1434, Celso de Mello, julgada em 29/08/96, ocasião em que rejeitadas, de forma unânime, as possibilidades de litisconsórcio passivo e assistência em casos como o presente, afastada a alegação de violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório" (v. ADI nº 1.194-4/DF, Tribunal Pleno, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 20/05/2009, DJe 11/09/2009).

Afasta-se, destarte, a intromissão do terceiro Márcio Marcelo Minikovski nos autos, desconsiderando-se sua postulação.

Passa-se, então, ao exame da ação, que merece acolhida.

Cumpre, de início, destacar que o exame da procedência do pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual desconsideração de preceito da Constituição Estadual, descabendo o manejo da ação direta de inconstitucionalidade sob alegada ofensa a preceito da lei orgânica local ou ao próprio Mandamento Constitucional Federal, por aplicação da norma do artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

A presente ação foi vertida em face da Lei nº 11.290, de 3 de janeiro de 2013, do Município de São José do Rio Preto, que dispõe, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

> "Art. 1º. Fica permitida a ampliação de imóveis construídos na Rua João Mesquita, trecho compreendido entre as Avenidas Dr. Cenobelino de Barros Serra e Dr. Ernani Pires Domingues, desde que mantida a taxa de permeabilidade do solo em 70% (setenta por cento), mantida a APP sobre 20% (vinte por cento) da área total e ainda mantido o recuo do rio em 15 (quinze) metros em toda a sua extensão.
>
> Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Como se vê, a legislação aqui impugnada em nenhum momento versou matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em suposta violação ao art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

> "Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

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, mas em nenhuma das hipóteses ali previstas, porém, insere-se a matéria versada na legislação municipal ora impugnada.

A Lei Municipal nº 11.290, de 3 de janeiro de 2013, apenas permitiu a ampliação do potencial construtivo de área restrita do espaço territorial do Município de São José do Rio Preto, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa ou orçamentária, cuja iniciativa seria realmente afeta em caráter privativo ao Prefeito Municipal; na verdade, aquela legislação tratou de tema pertinente ao uso e ocupação do solo urbano, inserido, portanto, na competência legislativa comum dos poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar.

Aliás, este Colendo Órgão Especial já expressamente reconheceu "a legitimidade do Poder Legislativo para iniciar projeto de lei versando sobre regras gerais e abstratas de zoneamento e uso e ocupação do solo urbano" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0198857-75.2012.8.26.0000, relator Desembargador ARTUR MARQUES, j. 30/01/2013).

Acesso ao Sumário

E também o Pretório Excelso definiu que:

"Ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, dispondo sobre matéria tida como tema contemplado no art. 30, VIII, da Constituição Federal, da competência dos Municípios. Inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal a exclusividade de iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma legal impugnado (lei municipal versando sobre loteamento, uso de lote, ocupação máxima e altura das edificações, uso e ocupação do solo urbano e zoneamento). Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo municipal. Recurso extraordinário não conhecido" (v. RE nº 218.110-6/SP, 2ª Turma, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, j. 02/04/2002, DJU 17/05/2002).

Não obstante, tal fato não impede o reconhecimento do vício aduzido em relação ao ato normativo objeto da presente ação.

Impende considerar que na ação direta de inconstitucionalidade vige o princípio da causa de pedir aberta, que possibilita o exame do pedido posto em juízo sob qualquer fundamento, ainda que distinto daquele apresentado pelo autor.

Exatamente nesse sentido, afirmou o Colendo Supremo Tribunal Federal que o órgão julgador tem o "dever de verificar, em ação direta, a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não aqueles indicados na inicial (causa de pedir aberta)" (v. ADI nº 3.576-2/RS, Tribunal Pleno, relatora Ministra ELLEN GRACIE, j. 22/11/2006, DJU 02/02/2007).

E, nesse contexto, forçoso reconhecer que a legislação municipal objurgada deixou de observar o regramento relativo ao desenvolvimento urbano e proteção ao meio ambiente posto na Constituição Estadual.

Com efeito, dispõem os arts. 180, incisos I, III, IV e V, 181, *caput* e § 1º, 183, parágrafo único, e 191, todos da Carta Paulista:

"Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

(...)

III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e natural;

IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;

V – a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

(...)

Artigo 181 – Lei municipal estabelecerá em conformidade com

Acesso ao Sumário

as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

§ 1º – Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal.

(...)

Artigo 183 – ...

Parágrafo único – Competem aos Municípios, de acordo com as respectivas diretrizes de desenvolvimento urbano, a criação e a regulamentação de zonas industriais, obedecidos os critérios estabelecidos pelo Estado, mediante lei, e respeitadas as normas relacionadas ao uso e ocupação do solo e ao meio ambiente urbano e natural.

(...)

Artigo 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico".

Ora, prescinde de maiores digressões o convencimento de que a permissão contida na legislação municipal impugnada claramente desconsidera tais preceitos.

À evidência, a Lei nº 11.290/2013, do Município de São José do Rio Preto, ao autorizar a majoração do potencial construtivo de, por ora, um único imóvel de natureza industrial existente em diminuta e específica região urbana municipal ali definida, situada às margens de córrego e limítrofe de "área declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, objetivando a implantação de unidades de conservação ambiental", com vistas à manutenção de "cinturão verde" local (v. fls. 10/11), deixou de tomar em consideração as normas de uso e ocupação do solo estabelecidas em relação à totalidade do território municipal, olvidando, ainda, os riscos de uma possível deterioração do meio ambiente com a intervenção que se pretende realizar ali, máxime quando há declarada intenção em proceder-se à remoção de centenas de espécimes vegetais, nativas e exóticas, existentes no local, conquanto mediante compensação (v. fls. 94, 109, 122/159).

É nítido que a previsão legal ora contestada foi editada de forma desvinculada do planejamento urbano em seu contexto geral, considerando apenas eventuais efeitos localizados da autorização nela concedida, sem prever ou preocupar-se com as consequências que a ampliação dos imóveis naquele local possa trazer para o meio ambiente e o desenvolvimento urbano futuramente, especialmente porque não se tem qualquer notícia da realização de qualquer estudo do impacto ambiental e urbano que poderá acarretar à região.

Acesso ao Sumário

A propósito, bem destacou a douta Procuradoria-Geral de Justiça que:

> "É fato – e não prognose – decorrente diretamente do processo legislativo que a lei local de iniciativa parlamentar ofereceu a tópica ampliação do potencial construtivo de imóveis situados em espaço territorial especialmente protegido, oriundo de desapropriações e outros atos de aquisição dominial pública, em disposição isolada e desvinculada do planejamento urbano integral, o que vulnera o bem-estar da população e a preservação do meio ambiente, e a sua compatibilidade com o plano diretor, e sua integralidade, e as normas urbanísticas de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano" (v. fl. 92).

Aliás, este foi, também, um dos fundamentos expendidos pelo Prefeito Municipal na exposição de motivos de seu veto total ao Projeto de Lei nº 209/2012, posteriormente rejeitado pela Câmara Municipal, que sancionou a Lei Municipal nº 11.290/2013 (v. fls. 21/22).

Em suma, a despeito de não se reconhecer vício de iniciativa na edição do ato normativo impugnado nos autos, restou mesmo evidenciada a alardeada inconstitucionalidade daquela legislação municipal, por violação aos arts. 180, incisos I, III, IV e V, 181, *caput* e § 1º, 183, parágrafo único, e 191, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.290, de 3 de janeiro 2013, do Município de São José do Rio Preto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 30.952)

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de São José do Rio Preto contra a Lei Municipal nº 11.290/2013, que "*Permite a ampliação de construção na Rua João Mesquita, trecho compreendido entre as Avenidas Dr. Cenobelino de Barros Serra e Dr. Ernani Pires Domingues*".

2. **Por este voto, acompanho o E. Des. Relator Paulo Dimas Mascaretti**. Embora não se vislumbre vício de iniciativa na lei questionada, como bem destacou a decisão do E. Relator: "*À evidência, a Lei nº 11.290/2013, do Município de São José do Rio Preto, ao autorizar a majoração do potencial construtivo de, por ora, um único imóvel de natureza industrial existente em diminuta e específica região urbana municipal ali definida, situada às margens de córrego e limítrofe de* '*área declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, objetivando a implantação de unidades de conservação ambiental*'*, com vistas à manutenção de* '*cinturão verde*' *local (v. fls. 10/11), deixou de tomar em consideração as normas de uso e ocupação do solo*

Acesso ao Sumário

estabelecidas em relação à totalidade do território municipal, olvidando, ainda, os riscos de uma possível deterioração do meio ambiente com a intervenção que se pretende realizar ali, máxime quando há declarada intenção em proceder-se à remoção de centenas de espécimes vegetais, nativas e exóticas, existentes no local, conquanto mediante compensação (v. fls. 94, 109, 122/159). É nítido que a previsão legal ora contestada foi editada de forma desvinculada do planejamento urbano em seu contexto geral, considerando apenas eventuais efeitos localizados da autorização nela concedida, sem prever ou preocupar-se com as consequências que a ampliação dos imóveis naquele local possam trazer para o meio ambiente e o desenvolvimento urbano futuramente, especialmente porque não se tem qualquer notícia da realização de qualquer estudo do impacto ambiental e urbano que poderá acarretar à região".

3. Ensina a doutrina que o **planejamento urbano** é princípio orientador da ordem urbanística: "***o Estatuto da Cidade, mediante instrumentos próprios, dá ênfase ao planejamento como indutor do desenvolvimento e da expansão urbanos, para alcançar o equilíbrio social e ambiental***. *Longe de ser uma panacéia, a Lei n. 10.257/01 credencia-se a tutelar o meio físico natural, cultural e artificial, ao dispor que o* ***uso da propriedade urbana deve ser exercido em prol do bem coletivo, do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º) e respeitar sua função social. Não é por acaso que a premissa do planejamento urbano tenha sido eleita pelo Estatuto da Cidade, pois ela tem base constitucional e, portanto, consagração normativa, além do que a doutrina vem reconhecendo o princípio da remissão ao plano urbanístico como ponto de partida para o desenvolvimento das cidades, em prol do interesse coletivo e da garantia da qualidade de vida à população***. ***Portanto, não se concebe, hoje, que a sorte das cidades fique a reboque da conveniência (ou negligência) do administrador público, nem que o planejamento urbano ocorra entre quadro paredes, restrito aos interesses imediatos de políticos e investidores do mercado imobiliário, o que diminui substancialmente a margem de discricionariedade ao administrador e legislador locais nesse campo. O planejamento urbano encerra a idéia de uma ação prolongada no tempo. Portanto, em tese, a planificação sobrevive aos governos, que são periódicos, efêmeros e parciais (representam uma ideologia). Por essa razão, o legislador elegeu situações em que as cidades devem fazer seu planejamento mediante um processo orientado por técnicos, debatido com a população e aprovado pela câmara dos vereadores***. *Assim, municípios com mais de 20 mil habitantes (art. 182, § 1º, CF), os localizados nas regiões metropolitanas, em aglomerações urbanas e naquelas outras situações listadas pelo artigo 41 do Estatuto da Cidade, devem elaborar um plano diretor*. ***O plano diretor é o instrumento básico de planejamento de uma cidade, que dispõe sobre sua política de desenvolvimento, ordenamento territorial e expansão urbana (art.***

Acesso ao Sumário

182, § 1º, CF; art. 40, EC). Sua elaboração implica, ao mesmo tempo, um processo destrutivo, porque propõe a ruptura dos padrões de desenvolvimento do* status quo*, e outro construtivo, com a idealização de uma nova realidade urbanística. Demanda um diagnóstico do objeto (os problemas da cidade), projeto, estudos técnicos para aferir os benefícios e prejuízos das mudanças propostas, debates (audiências públicas), aprovação e implementação"[1].

4. Na Constituição do Estado de São Paulo – parâmetro para a análise da lei questionada – por sua vez, o planejamento urbano é o princípio que guia as regras de desenvolvimento urbano, expressas, em especial, em seus artigos 180 a 183.

5. Muito embora, no caso concreto, não se trate de lei que crie plano diretor, por óbvio, **a norma interfere no planejamento urbano da cidade e, como tal, deve ser precedida – antes de sua aprovação –** de estudos técnicos e debates públicos. Contudo, como bem destacado pela Relatoria não há notícia de realização de estudos de impacto ambiental e urbano, ou levantamento técnico de dados de eventuais benefícios que poderiam ser trazidos à cidade pela execução da mudança contida na lei.

Ao contrário, há informação de que a norma impugnada **contraria política de planejamento que, há muito, vem sendo efetuada na região**, já que a autora noticiou que "*a área em questão, trata-se de local preservado pelo Município desde 1986, o que originou várias desapropriações e permutas, justamente para garantir a manutenção do citado* '*CINTURÃO VERDE*'*, cuja área é cortada pelo* '*CÓRREGO PIEDADE*'*, conforme inclusa ortoimagem em anexo, assim como nas razões de veto*" (fls. 10). Destacou que as áreas que foram objeto da lei foram declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação, justamente para a implementação de unidades de conservação ambiental (cf. fls. 11), o que vai de encontro ao disposto na lei impugnada, que visa à ampliação de imóveis construídos. Clara, portanto, a inconstitucionalidade da norma.

6. Ante o exposto, por este voto, acompanho a conclusão exposta pelo E. Relator em seu voto, para julgar procedente a presente ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 11.290, de 03 de janeiro de 2013, do Município de São José do Rio Preto.

MÁRCIO BÁRTOLI, Desembargador

Acesso ao Sumário

1 FREITAS, José Carlos. *Direito Urbanístico*, in *Manual de Direitos Difusos*, Vidal Serrano Nunes Júnior (coord.). São Paulo: Verbatim, 2009, p.p. 412/413.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 30.206)

1. Relatório já nos autos (fls. 173/175).

2. Entendo procedente a ação.

a) Quanto ao vício de iniciativa.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** contra a **Lei nº 11.290**, de 3 de janeiro de 2013, do Município de São José do Rio Preto, que dispõe sobre a ampliação de imóveis construídos na Rua João Mesquita, nos seguintes termos:

"***Art. 1º –*** *Fica permitida a ampliação de imóveis construídos na Rua João Mesquita, trecho compreendido entre as Avenidas Dr. Cenobelino de Barros Serra e Dr. Ernani Pires Domingues, desde que mantida a taxa de permeabilidade do solo em 70% (setenta por cento), mantida APP sobre 20% (vinte por cento) da área total e ainda mantido o recuo do rio em 15 (quinze) metros em toda sua extensão.*"

"***Art. 2º –*** *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*" (fls. 16).

Com razão o autor.

O Autógrafo nº 12.300/2012, Projeto de Lei nº 209/12, sofreu **veto total** (fls. 20 e 74/77) uma vez que, em resumo, **a.** a competência para dispor sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbanístico, assim como a gestão de serviços públicos, são exclusivas do Poder Executivo; e **b.** afrontou-se princípio da harmonia e independência dos Poderes, ingerindo o Legislativo em política municipal das construções, principalmente no que se refere aos atos de normatização de lotes e espaços, bem como construção em áreas de preservação ambiental (fls. 21/22).

Rejeitado o veto (fls. 74), o Presidente da Câmara Municipal promulgou a questionada lei (fls. 83), publicando-a no Diário Oficial, em 04.01.13 (fls. 17), ensejando a presente ação (fls. 02/13).

Norma local que possibilitou a ampliação de imóveis construídos na Rua João Mesquita, no "*... trecho compreendido entre as Avenidas Dr. Cenobelino de Barros Serra e Dr. Ernani Pires Domingues, desde que mantida a taxa de permeabilidade do solo em 70% (setenta por cento), mantida APP sobre 20% (vinte por cento) da área total e ainda mantido o recuo do rio em 15 (quinze) metros em toda sua extensão*." (fls. 16) é **inconstitucional**.

Acesso ao Sumário

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." – Constituição Estadual). Configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

Há, inicialmente, **manifesto vício de iniciativa**.

Este **Colendo Órgão Especial**, reiteradas vezes, apreciando questões semelhantes à dos autos, reconheceu a inconstitucionalidade sob esse fundamento.

Assim o fez **(a)** na ADIn nº 0.581.384-79.2010.8.26.0000, quanto à lei nº 3.352, de 25.10.10, de Mirassol, ao autorizar, em determinado loteamento, a instalação de indústria não poluente (v.u. j. de 17.08.11 – Rel. Des. **RIBEIRO DOS SANTOS**); **(b)** na ADIn nº 0.198.857-75.2012.8.26.0000, quanto à LC nº 635, de 27.08.12, de Catanduva, ao incluir determinadas vias públicas em específica Macrozona de Aproveitamento Urbano (v. u. j. de 30.01.13 – Rel. Des. **ARTUR MARQUES**); **(c)** na ADIn nº 0.041.262-76.2013.8.26.0000, quanto à Lei nº 0650/2013, de 25.02.13, de Catanduva, ao incluir determinadas ruas na Macrozona de Aproveitamento Urbano (v.u. j. de 18.09.13 – Rel. Des. **CASTILHO BARBOSA**); **(d)** na ADIn nº 0.108.499-30.2013.8.26.0000, quanto à Lei nº 11.300, de 08.03.13, de São José do Rio Preto, ao permitir determinadas atividades (estacionamento) em específicas vias públicas locais (v.u. j. de 09.10.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**); dentre outros arestos no mesmo sentido.

Cada uma dessas leis revela interferência legislativa episódica, tópica, particular, pessoal, em determinado ponto do zoneamento local.

Ora, reconhece-se ao Legislativo Municipal a iniciativa de projetos de lei versando sobre regras gerais e abstratas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano, mas, não se admitem desdobramentos reveladores de ingerência em assuntos típicos da gestão administrativa (ADIn nº 0.198.857-75.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 30.01.13 – Rel. Des. **ARTUR MARQUES** e **HELY LOPES MEIRELLES** – "Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 2013 – p. 631).

Daí o reconhecimento de **inconstitucionalidade** por inequívoco **vício de iniciativa**.

Acesso ao Sumário

Nesse ponto se restringe a divergência ao ilustre Des. Relator **PAULO DIMAS MASCARETTI**.

Quanto ao mais, acompanho Sua Excelência, com os seguintes acréscimos.

b) Quanto à falta de prévio estudo ou planejamento administrativo:

A entender possível **concorrência de iniciativa** quanto à matéria, como posto pelo nobre Relator e à luz de precedente do **Pretório Excelso** (RE nº 218.110/SP – j. de 02.04.02 – Rel. Min. **NÉRI DA SILVEIRA**), lembrado pelo Des. **WALTER GUILHERME** em seu voto na ADIn nº 0.005.130-35.2004.8.26.0000 (ainda pendente de julgamento), por fundamento diverso

vinga a pretensão.

Não observada a **Constituição Estadual – art. 180, inciso II** ["*Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão (...) II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas,* ***planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes***;"] e **art. 181 com seu parágrafo primeiro** ["*Artigo 181 – Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor,* ***normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes***. *§ 1º – Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal*."].

Possível reconhecer tal mácula no diploma legal questionado para alterações de zoneamento ou uso e ocupação do solo.

Nesse sentido:

"*No que diz respeito à iniciativa, prevalece entendimento no sentido de que uma lei de autoria parlamentar dispondo sobre uso e ocupação do solo urbano não é,* ***em princípio****, inconstitucional, pois, como decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal,* '***a inconstitucionalidade somente se caracteriza caso a lei não se adstrinja ao estabelecimento de regras gerais e abstratas***'."

"*Com efeito, como expressado em precedentes deste e. Órgão Especial*, '**não há norma específica que afirme ser de competência exclusiva do Prefeito Municipal a apresentação de projeto de lei que trate sobre o uso e ocupação do solo urbano. Desse modo, não se pode excluir a possibilidade de lei de iniciativa parlamentar ser eventualmente considerada constitucional, desde que não caracterize conteúdo típico de atividade administrativa e não requeira prévio estudo ou planejamento administrativo**' *(grifo nosso)*."

"*... houve violação efetiva dos artigos 5º,* caput *e 144, ambos da Constituição Bandeirante, na medida em que* ***seu objeto dependia de prévio estudo técnico de viabilidade associado à consulta da população local***."

"*Assinale-se que, em princípio, é o Prefeito Municipal quem detém melhores condições de avaliar a necessidade de alteração do zoneamento, pois tem suporte técnico para tanto, ao passo que o legislativo não tem o mesmo aparato. Isso não exclui, é verdade, a possibilidade teórica de a Câmara de Vereadores, desde que por meio de procedimentos legislativos adequados, satisfaça à exigência do artigo 180, inciso I, da Constituição Paulista, observando a exigência de não tratar aspectos específicos de competência exclusiva do Executivo.*"

(...)

"*Destarte, embora se reconheça a legitimidade do Poder Legislativo para*

Acesso ao Sumário

iniciar projetos de lei versando sobre regras gerais e abstratas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano, na hipótese, desbordou de sua competência ao tratar de assuntos típicos de gestão administrativa (art. 5º, caput *e art. 144, ambos da CE)...*" (grifei – ADIn nº 0198857-75.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 30.01.13 – Rel. Des. **ARTUR MARQUES**).

No caso, admitida como válida a audiência pública efetuada pela Câmara Municipal quanto ao ponto (fls. 57/71), **não** restou evidenciado o necessário – e imprescindível – **prévio estudo técnico** ou **planejamento administrativo**. Um (audiência pública) **não** exclui o outro (estudo prévio ou planejamento administrativo). De atender tal exigência **não** se desincumbiu a ré (art. 333, II do CPC).

Além do mais, **não** me parece razoável, à luz do princípio do **paralelismo das formas**, aceitar os "estudos" referidos pela Câmara como suficientes a permitir alteração de zoneamento quando firmado esse com rigor técnico (planejamento e prévios estudos) na medida em que um e outro só se justificam, na lição de **HELY LOPES MEIRELLES** "*... quando essa medida for exigida pelo interesse público, com real vantagem para a cidade e seus habitantes*." ("Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 2013 – p. 577).

As mesmas exigências impostas à instituição do zoneamento comportam ser observadas quando se pretende sua alteração. Se no âmbito do Executivo esse planejamento ou prévios estudos, de igual forma se justificam idênticas medidas para modificar a regra original.

Imprescindíveis, portanto, prévios estudos ou planejamento administrativo, só possíveis ao Executivo, como aqui se entende.

Essa é a orientação firmada, não de hoje (***v.g.*** – ADIn nº 26.089-0/5 – j. de 04.11.95 – Rel. Des. **RENAN LOTUFO**; ADIn nº 66.667-0/7 – Rel. Des. **DANTE BUSANA**; ADIn nº 48.421-02 – Rel. Des. **CUBA DOS SANTOS**; ADIn nº 47.198-06 – Rel. Des. **LUIS DE MACEDO** e ADIn nº 24.919-0/0 – Rel. Des. **BUENO MAGANO**), nesse **Colendo Órgão Especial**, quanto ao ponto:

> "*... a ausência de participação popular não eivou todo o comando normativo da Lei Complementar nº 101/11 de inconstitucionalidade,* ***a falta de estudos e planejamentos prévios acarretou sua incompatibilidade vertical com a Constituição Paulista***." (grifei – ADIn nº 0137555-45.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 12.12.12 – Rel. Des. **GUERRIERI REZENDE**).
>
> "***Leis relativas a planejamento, ocupação e uso do solo urbano dependem de estudos prévios técnicos e audiência junto às entidades comunitárias que só o Poder Executivo local, por meio de seus órgãos, está apto a realizar***."

Acesso ao Sumário

(...)

"*Revela-se clara a exigência da participação efetiva da população do Município na elaboração das diretrizes e normas concernentes ao desenvolvimento urbano. Não se trata de simples regra, e, sim, de verdadeira diretriz interpretativa de toda lei relativa ao desenvolvimento humano.*" (grifei – ADIn nº 0052634-90.2011.8.26.0000 – v.u. j. de 27.02.13 – Rel. Des. **ELLIOT AKEL**).

"*EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 270, de 28 de outubro de 2011, do Município de Taboão da Serra, que altera a Lei Complementar nº 132/2006 (Plano Diretor Participativo e o Sistema de Planejamento Integrado e Gestão Participativa do Município de Taboão da Serra).* ***Não demonstração do estudo prévio, planejamento técnico e participação das comunidades interessadas no processo legislativo. Imprescindibilidade. Inconstitucionalidade reconhecida. Violação dos artigos 180, I e II, e 191, da Constituição Estadual. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Procedência da ação.***" (grifei – ADIn nº 0275892-14.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 08.05.13 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**).

Plenamente caracterizada a **inconstitucionalidade da norma municipal** em questão.

Mais não é preciso acrescentar.

Portanto, **presente** vício de inconstitucionalidade a invalidar a **Lei Municipal nº 11.290**, de 3 de janeiro de 2013, por afronta aos **arts. 5º, 47, e incisos II e XIV, 180 I, II, III, IV e V, e art. 181 com seu § 1º**, todos da **Constituição Bandeirante**.

3. Pelo meu voto, julgo procedente a ação por tais fundamentos.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2068201-59.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

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. MÁRCIO BÁRTOLI. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES.

EVARISTO DOS SANTOS E PAULO DIMAS MASCARETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.075)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, RENATO NALINI (Presidente), ELLIOT AKEL, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA, julgando a ação improcedente; e VANDERCI ÁLVARES, ANTONIO CARLOS VILLEN, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO VILENILSON e EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), julgando a ação procedente.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

MÁRCIO BÁRTOLI, Relator Designado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.598/2013 do Município de Sorocaba. Obrigatoriedade de divulgação dos processos de solicitação de corte de árvores e respectivos laudos no *site* da Prefeitura, ou em outro meio eletrônico disponível. Não configurada violação à iniciativa reservada ao chefe do executivo. Hipóteses taxativas. Direito à informação de interesse da coletividade. Estímulo ao exercício da cidadania e preservação do meio ambiente. Lei que prevê despesas não impactantes. Previsão de dotação orçamentária generalista, ademais, não se constitui em vício de constitucionalidade. Possibilidade de remanejamento ou complementação orçamentária, bem como postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente. Ação julgada improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei nº 10.598, de 15 de outubro de 2013, que "*dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação das autorizações de corte de árvores no Município e dá outras providências*", nos seguintes termos:

"*Art. 1º Fica o Poder Executivo obrigado a divulgar na rede mundial*

Acesso ao Sumário

de computadores, através do 'site' da Prefeitura ou outro meio eletrônico disponível, os processos de solicitação do corte de árvores bem como os laudos de autorização de corte de árvores do Município.

Art. 2º O setor competente deverá publicar a cada 6 (seis) meses uma planilha com o número total de árvores cortadas, bem como o número de árvores plantadas no Município.

Art. 3º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas orçamentárias próprias."

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**.

Não se ignora a existência de precedentes semelhantes deste Órgão Especial sobre o tema. Nas oportunidades em que o colegiado se manifestou sobre a constitucionalidade das leis então impugnadas, decidiu-se que os atos normativos decorreram de violação da iniciativa legislativa reservada ao Poder Executivo e criaram despesas sem a indicação dos respectivos recursos disponíveis.

No entanto, como se verá, precedentes atuais deste Órgão Especial, em casos análogos, reconheceram a constitucionalidade das leis então atacadas, respaldando este voto divergente.

3. Inicialmente, registre-se que **o diploma legal, ao suplementar a legislação federal e estadual, no que efetivamente cabe ao Município, deu ainda mais concretude ao princípio constitucional da publicidade e ao direito fundamental à informação, de acordo com competência desse ente federativo prevista no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal**.

Não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, vez que a lei 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.

4. 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),

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*

Acesso ao Sumário

rol esse que, segundo **posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal**, e por diversas decisões **deste Órgão Especial**[2], é **taxativo**. Extrai-se de reiteradas decisões do **Supremo Tribunal Federal**: "(...) *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 Estado-membro, 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 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)*"[3]. "*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*

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*".

2 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.

3 RE 702848 – Rel. Celso de Mello – j. em 29/04/2013, DJe-089 DIVULG 13/05/2013 PUBLIC 14/05/2013

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***"[4]. "(...) *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*** (...)"[5] "(...) ***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.***"[6].

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. 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. **Aliás, espera-se das autoridades municipais que, de acordo com sua competência e autonomia constitucionalmente garantidas[7], divulguem ao munícipe e à sociedade, da forma mais ampla e transparente possível, informações de interesse público. O comando legal ora atacado nada mais fez do que determinar a divulgação de informação pública relevante – com claro intuito de contribuir para a preservação ambiental – e fomentar o exercício da cidadania.**

6. Ao discorrer sobre os princípios constitucionais do Direito Administrativo, **Celso Antônio Bandeira de Mello** elucida a conexão umbilical entre o princípio da publicidade e o direito à informação sobre a coisa pública, e com os fundamentos do Estado brasileiro: "*não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que*

Acesso ao Sumário

4 ADI 776 MC/RS – Pleno – Rel. Celso de Mello – DJ 15/12/2006
5 ADI 3394/AM – Pleno – Rel. Eros Grau – DJ 24/08/2007
6 ADI 776 MC/RS – Pleno – Rel. Celso de Mello – DJ 15/12/2006
7 Constituição do Estado de São Paulo, "*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*"

a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, *da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) (...).*"[8]

7. **Ante a preocupação cada vez maior das autoridades públicas, em todas as esferas, de implementar medidas que deem efetividade aos direitos à informação e à publicidade, foi editada a Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como "Lei de Acesso à Informação[9]". Como diretrizes[10], a norma prevê: "*I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública.*"** (grifado).

O artigo 8º da Lei nº 12.527/2011 impõe, dentre outros, o dever dos órgãos e entidades públicas de "***promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiada. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o* caput*, deverão constar, no mínimo:* (...) *V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades* (...) *§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)***" (grifado).

8. Sendo certo que essas normas gerais se aplicam a todos os entes da federação, vale observar que o novo ato normativo de Sorocaba facilita o acesso da comunidade local às informações que permitem melhor controle das ações do Poder Público, visando a proteção do meio ambiente local.

Na **justificativa** apresentada ao projeto de lei constou que: "(...) *Modernamente, há uma grande preocupação com os recursos naturais, no que tange à sustentabilidade do meio ambiente. Visa proteger esses recursos e, na medida do possível, recuperar o que pode ser recuperado. No presente caso, ações como replantio são essenciais nos dias atuais, sendo necessária a conscientização de toda a população e do Poder Público. Segundo edição do Jornal Cruzeiro do Sul de 19 de junho de 2013, 36 (trinta e seis) das 44 (quarenta e quatro) árvores que foram retiradas são de espécies exóticas.*

Acesso ao Sumário

8 Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 117, grifado.

9 Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal.

10 Artigo 3º, Lei nº 12.527/2011.

Há também oito nativas, como palmeira-jerivá (Syagrus romanzoffina), ipê (Tebebuia sp), unha-de-vaca (Bauhinia sp), quaresmeira (Tibouchina granulosa) e paineira (Caibaspeciosa). De acordo com a Prefeitura, a supressão das espécies arbóreas é necessária para que haja o início da construção do viaduto do Complexo Governador José Franco Montoro, obra do Programa Sorocaba Total, que ligará a nova avenida J. J. Lacerda à Avenida Ipanema. A compensação ambiental, segundo a Seobe, foi feita no ano passado durante a 2ª edição do Megaplantio, quando dezenas de árvores foram plantadas na Avenida Itavuvu, próximo ao Parque Tecnológico. ***Como se tem observado, a população tem manifestado descontentamento face à supressão dessas árvores nativas e das árvores exóticas de nossa cidade. Mesmo com a alegação de que essas árvores foram extirpadas por estarem condenadas, os munícipes não ficaram plenamente convencidos dessa necessidade. Como dito e ora repisa-se, os recursos naturais são componentes, materiais ou não, da paisagem geográfica da cidade, compõem a história, a cultura, os valores de uma população, pois lhes foram atribuídos, historicamente, valores econômicos, sociais e culturais. Assim, os recursos naturais são quaisquer insumos de que necessitem para sua manutenção (e existência) os organismos, as populações e os ecossistemas. Por conta disso, sua supressão deve ser cuidadosamente analisada e, se imprescindível, amainada suas consequências o máximo possível pelo Poder Público*** (...)" (cf. fls. 42/3). Nota-se, portanto, o claro intuito de promover a informação da população para melhor controle das ações do Poder Público para preservação do meio ambiente.

9. As regras nacionais de amplo acesso da população às informações de interesse público tornam induvidosa a adequação da lei municipal de Sorocaba às Constituições Estadual e Federal.

10. Importante lembrar que 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*

Acesso ao Sumário

de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução."[11]

11. 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 pelo Município, a quem caberá implementá-la por meio de **provisões especiais**, com respaldo no seu poder regulamentar[12] (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.

Se já evidenciado, inclusive com amparo em precedentes do **Supremo Tribunal Federal**, que a matéria veiculada na Lei Municipal nº 10.598, de 15 de outubro de 2013, não está reservada à iniciativa do Chefe do Executivo e muito menos consiste em ato de gestão, inadmissível afirmar-se a sua inconstitucionalidade formal ou material.

12. Também não se constata qualquer contrariedade à Constituição unicamente por gerar a lei ônus à Administração Pública.

A execução das leis está entre as atividades típicas do Poder Executivo, sendo inerente à sua atuação, dessa forma, é lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo local o exercício dessas funções, desde que não crie programas abrangentes de fiscalização ou submeta a Administração a prazos ou cronogramas rígidos.

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.

Também não se pode deixar de dar efetividade ao direito à informação sobre os assuntos públicos – dogma de aplicabilidade imediata[13] estampado nas Constituições Federal e/ou Estadual[14] – sob o pretexto de ausência de indicação de recursos financeiros para a espécie de encargos gerados, os quais, vale enfatizar, **não se mostram impactantes o suficiente a ensejar a necessidade de previsão específica de novas fontes financeiras**.

Acesso ao Sumário

11 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631, grifado.

12 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).

13 Cf. Constituição Federal, artigo 5º:

"(...)

§ 1º – "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*." (grifado).

§ 2º – "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

14 Artigos 5º, XXXIII; 37, *caput* e § 1º, todos da Constituição Federal e 111 da Constituição Estadual.

Ademais, como já destacado em precedentes deste Órgão Especial, a lei impugnada apenas determina a inserção de dados no *site*, já existente[15], da Prefeitura de Sorocaba, tarefa que pode ser realizada por funcionário já designado para tanto. Nesse sentido: "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 1.361, de 16 de maio de 2013, do Município de Iacanga, que impõe três obrigações ao Poder Executivo, assim analisadas separadamente: 1 – Publicação de planilhas e Relatórios no Site Oficial da Secretaria Municipal de Educação, anualmente, contendo indicadores educacionais. VÍCIO DE INICIATIVA. Inexistência. Norma que não interfere na forma de prestação do serviço público de educação, e nem institui alguma espécie de fiscalização da qualidade de ensino, tratando-se na verdade, de norma relacionada ao direito à informação, que está expressamente previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, com exercício regulado, no âmbito Federal, pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Providência, ademais, que não gera despesas para a administração, uma vez que a inserção dos novos dados no site da Secretaria da Educação pode ser efetuada pelo mesmo funcionário já incumbido de executar serviços dessa natureza, sem necessidade, portanto, de designação de servidor específico para esse fim.* (...)"[16]. "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.503, de 19 de março de 2012, de iniciativa parlamentar, que estabelece a disponibilização, pelo Poder Executivo, na página do Município na internet, do 'Portal da Transparência Pública de Ubatuba' – Vício de iniciativa não identificado – Lei em comento que apenas versou tema de interesse geral da população, concernente a informações relativas à atuação da Administração Pública Municipal, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, que seria afeta apenas ao Poder Executivo – Acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo que, ademais, se insere dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na CF (art. 5º, XXXIII), tendo seu exercício regulado na Lei Federal nº 12.527/2011 – Município de Ubatuba que, outrossim, já possui página própria na rede mundial de computadores, a qual requer permanente atualização e manutenção, serviços para os quais certamente funcionários já foram designados – Determinação de inserção de novos dados, na forma definida na legislação ora impugnada, que, destarte, não representa qualquer incremento na despesa do ente público local e nem tampouco intromissão nas atribuições funcionais dos servidores envolvidos, uma vez que atinentes às mesmas obrigações que já lhes haviam sido destinadas – Inocorrência, nessa linha, de violação ao princípio da separação dos poderes – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente*"[17]

15 http://www.sorocaba.sp.gov.br/

16 TJSP – Órgão Especial – ADIN 0143068-57.2013.8.26.000 – Rel. Antonio Luiz Pires Neto – j. 29.01.2014

17 TJSP – Órgão Especial – ADIN 0270082-58.2012.8.26.000 – Rel. Paulo Dimas Mascaretti – j. 26.06.2013

Acesso ao Sumário

13. **Por fim, ainda que se vislumbrasse ínfimo aumento da despesa da Administração Pública para a execução da lei – necessidade, por exemplo, de contratação de serviço especializado para carregar dados específicos no *site* – não prevalecem os argumentos de que a referida legislação padeceria de inconstitucionalidade por aumentar as despesas da Administração sem dispor sobre prévia dotação orçamentária, nos termos do artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.**

Embora a lei apreciada traga, em seu artigo 3º, apenas previsão de dotação orçamentária genérica para o custeio para sua execução, tal previsão generalista não se constitui em mácula de constitucionalidade – conforme se demonstrará –, importando, no máximo, na inexequibilidade do programa estabelecido no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada a referida lei.

O orçamento da Administração Pública, instrumento técnico e político destinado à previsão das receitas do Estado, bem como à alocação desses recursos, é plano de gastos elaborado pelo Poder Executivo e condicionado à aprovação do Poder Legislativo, e possui – conquanto mantenha seu inarredável caráter técnico-contábil, de conteúdo financeiro – diferentes graus de concretude em suas previsões, bem como possibilidades diversas de complementação de suas dotações.

O planejamento orçamentário inicia-se com o plano plurianual (PPA), planejamento orçamentário quadrienal, que, nos termos da Constituição Estadual, "*estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas da administração pública estadual para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada*"; e concretiza-se, ano a ano, com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA), devendo a primeira contemplar "*as metas e prioridades da administração pública estadual, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente*", de forma a orientar a elaboração da lei orçamentária anual, bem como dispor "*sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*"; deve a última, por fim, efetivar os planejamentos e diretrizes orçamentárias em um plano anual de verbas e gastos, para custeio das despesas dos três poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações e empresas instituídas e mantidas pelo Poder Público, da seguridade social e do pagamento de precatórios judiciais.

Acesso ao Sumário

Tais preceitos, por óbvio, deverão ser observados também pelos Municípios, que elaborarão seu planejamento orçamentário de forma autônoma, atendendo às disposições gerais das constituições Federal e Estadual.

Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que, de forma genérica, tenha por consequência a assunção

de gastos pela Administração Pública, esses gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação, (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente.

Entende-se, assim, que a previsão de dotação orçamentária generalista não poderá se constituir em inafastável vício de constitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto sua complementação com verbas adicionais para a acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a administração preserve a integridade de suas finanças.

Neste sentido dispõe a própria Constituição do Estado, que veda, em seu artigo 176, o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ausente específica previsão orçamentária do gasto, e restando impossível a complementação do orçamento, deverá o dispêndio ser incluído já no orçamento subsequente.

Trata-se, portanto, de mero caso de inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se presta a torná-la inconstitucional.

14. Neste esteio firmou-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, que afirma reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, a inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

A este título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343: "*Eu não vislumbro, em análise preliminar,* ***vinculação da criação de cargo com a atual receita orçamentária****. A própria lei previa que isso seria para o futuro e que, na medida em que a Lei de Diretrizes pudesse atender os percentuais,* ***seriam preenchidos os cargos na medida das permissibilidades orçamentárias****, decorrentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (...)* ***Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo****. O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos.* ***Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexequível, no exercício em que ela***

Acesso ao Sumário

vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica."[18]

Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do **Ministro Gilmar Mendes** no julgamento da ADI 3.599: "*O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que* ***não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade*** *quando se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição,* ***pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão somente a sua aplicação naquele exercício financeiro****. Outros precedentes seguiram-se,* ***todos no sentido do não conhecimento da ação direta quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas*** *(ADI 1585 DF, Rel. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339 SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343 SC, Rel. Nelson Jobim****,*** *maioria, DJ 13.6.2003)*."[19]

15. Entendo que inexiste, assim, na norma impugnada, ofensa à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado.

16. Ante o exposto, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.330)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei municipal de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a obrigatoriedade de divulgação, pelo *site* da Prefeitura, das autorizações de corte de árvores no Município de Sorocaba.

Inconstitucionalidade por vício de iniciativa na espécie – ingerência na organização administrativa. Ocorrência de afronta à separação dos Poderes. Precedentes.

Falta de indicação de fonte de custeio. Insuficiente referência genérica. Precedentes.

Afronta aos arts. 5º, 47, incisos II, XI, XIV e XIX,

18 ADI 2343/SC – Rel. Min. Nelson Jobim, j. 29.03.2001.

19 ADI 3599/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 21.05.2007.

Acesso ao Sumário

letra "a", e 144, todos da Constituição Estadual. Procedente a ação.

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Sorocaba quanto à **Lei Municipal nº 10.598**, de 15.10.13, ao obrigar a divulgação das autorizações de corte de árvores no Município.

Sustenta, em resumo, inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Afrontam-se separação e harmonia dos poderes. Patente a mácula, inequívoca ofensa à Constituição do Estado e à Lei Orgânica Municipal. Cabe exclusivamente ao Prefeito deflagrar o processo legislativo sobre a organização e as atribuições dos órgãos da Administração Pública. Iniciativa de lei reservada ao Chefe do Executivo. Padece desse vício (art. 24, § 5º, I, da CE) norma estabelecendo ônus e obrigações à Administração. Citou doutrina e jurisprudência. Daí a liminar e, a final, a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 10.598/2013 (fls. 01/24).

Concedeu-se a liminar (fls. 156). Declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls. 163/165). Vieram informações da Casa Legislativa Municipal (fls. 172/184). Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 238/246).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito de Sorocaba, quanto à **Lei Municipal nº 10.598, de 15.10.13**, dispondo sobre a obrigatoriedade de divulgação das autorizações de corte de árvores no Município.

Com o seguinte teor referido diploma:

"*Art. 1º Fica o Poder Executivo obrigado a divulgar na rede mundial de computadores, através do 'site' da Prefeitura ou outro meio eletrônico disponível, os processos de solicitação do corte de árvores bem como os laudos de autorização de corte de árvores do Município.*"

"*Art. 2º O setor competente deverá publicar a cada 6 (seis) meses uma planilha com o número total de árvores cortadas, bem como o número de árvores plantadas no Município.*"

"*Art. 3º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas orçamentárias próprias.*"

"*Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*" (fls. 29).

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**

Acesso ao Sumário

invasão do Legislativo na esfera Executiva.

A rejeição (fls. 35/37) do veto do Prefeito do Município de Sorocaba (fls. 32/33), bem como sua promulgação, afetam diretamente seara do Poder Executivo.

Ensinam **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, ao tratarem da **iniciativa privativa do Presidente da República**, à luz do **art. 61, § 1º, I e II, da Constituição Federal**, reserva-se "*... ao chefe do Executivo (reserva-se) a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem (...) versem sobre* ***organização administrativa***..." ("Curso de Direito Constitucional" – Ed. Saraiva – 2013 – 4.1.1.6. – p. 868).

Tal prerrogativa restou distribuída, na **Constituição Bandeirante**, por vários incisos de seu **art. 47** ("***Artigo 47*** *– Compete* ***privativamente*** *ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*"), sendo os mais pertinentes ao caso dos autos, os **incisos II** ("*II –* ***exercer****, com o auxílio dos Secretários de Estado,* ***a direção superior da administração estadual***;), **XI** ("***XI – iniciar o processo legislativo****, na forma e nos casos previstos nesta Constituição*;"); **XIV** ("***XIV*** *–* ***praticar os demais atos de administração****, nos limites da competência do Executivo*;"), e **XIX**, letra "**a**" ("***XIX*** *–* ***dispor****, mediante decreto,* ***sobre****:* ***a) organização e funcionamento da administração estadual****, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos*.") de **observância** necessária no âmbito Municipal, também por imposição da **Carta Paulista** (**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*." – grifei).

Ora, por - **organização administrativa** - segundo **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** – deve ser entendida aquela que "*... resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa*." ("Manual de Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 2012 – p. 447).

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **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***

ou 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***." (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – 2013 – 17ª ed. – Ed. Malheiros – Cap. XI – 1.2. – p. 631).

Embora não se admita interpretação extensiva de regra de exceção ("*Matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo taxativamente previstas nos arts. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, da Constituição Estadual, não comportando qualquer ampliação, máxime por decorrência da atividade do legislador local*" – ADIn nº 0.035.438-64.1998.8.26.0000 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**), **não** é possível **restringir** a ressalva constitucional instituída retirando dela a amplitude lá assegurada. A ela deve ser conferido o âmbito constitucional em prestígio à prerrogativa de Poder.

Assim, **não** é a repercussão, a pertinência ou a conveniência e oportunidade da norma ou a ausência de custos em sua implementação, o critério a ser observado no exame em questão – **inconstitucionalidade**.

E a abrangência dela é firmada pelas decisões do **Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo** na apreciação de ADIn's contra leis locais de iniciativa parlamentar.

Identificou-se **inconstitucionalidade**, por **vício de iniciativa** na espécie **organização administrativa**, ***v.g.*** na Lei nº 3.742/09, de Guarujá, ao pretender incluir em currículo escolar matéria com conteúdo de educação antirracista e antidiscriminatória (ADIn nº 0151919-85.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **ANTONIO VILENILSON**); na Lei nº 4.052/06 de Mauá, ao autorizar o reajuste de vencimentos, proventos e salários dos servidores municipais (ADIn nº 0154583-72.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**); na Lei nº 11.381/13, de São José do Rio Preto, ao instituir "Programa Municipal de Primeiros Socorros" (ADIn nº 0195538-65.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**); na Lei nº 10.382/13, de Sorocaba, ao obrigar a impressão do sistema Braille nas contas de consumo do SAAE, IPTU e ISSQN, para os usuários e contribuintes portadores de deficiência visual (ADIn nº 0152600-55.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **LUIS SOARES DE MELLO**); na Lei nº 144/13, de Guarujá, ao dispor sobre afastamento de servidor público por doença na família (ADIn nº 0.190.341-32.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 12.03.14 – Rel. Des. **ARANTES THEODORO**); na Lei nº 5.459/13, de Catanduva, ao obrigar as unidades de saúde a manterem profissional habilitado e inscrito no CRF em farmácia ou

Acesso ao Sumário

dispensário de medicamentos (ADIn nº 2.056.116-41.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 12.03.14 – Rel. Des. **GUERRIERI REZENDE**), dentre inúmeros outros julgados.

Importante enfatizar que em todos os casos supracitados, o vício reside, sobretudo, na **ingerência administrativa**, caracterizada por imposição parlamentar de realizações materiais à Administração.

Assim já decidi neste **Colendo Órgão Especial** em caso análogo:

"*A questão* ***não*** *se coloca em termos de facilidade da divulgação ou na amplitude da determinação, mas na ingerência do Legislativo em atividades próprias e peculiares ao Executivo e nos ônus disso decorrentes, notoriamente presentes na implementação ou ampliação de fornecimento de dados por meio eletrônico*" (grifei – ARg nº 2.068.201-59.2013.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 29.01.13 – de que fui Relator).

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 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**).

E, especificamente:

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Lei n. 1.204/10 do Município de Rosana – Criação do 'Portal da Transparência' em páginas da internet, destinando espaço para dar publicidade e informações de interesse público, possibilitando o acompanhamento e fiscalização pelos cidadãos – Vício de iniciativa reconhecido – Matéria que é da competência exclusiva do prefeito – Ofensa reconhecida aos artigos 5º, 144 e 150 da Carta Paulista – Procedência para declarar a inconstitucionalidade da mencionada lei.*" (ADIn nº 0.003.462-82.2011.8.26.0000 – v.u. j. de 06.07.11 – Rel. Des. **CORREA VIANNA**).

Ora, **não** se nega o **direito à informação** (**art. 5º, inciso XIV, da CF**), entretanto, a norma questionada, ao impor ao Município que publique, em seu *site* oficial, os processos de solicitação do corte de árvores, bem como dos

Acesso ao Sumário

laudos de autorização, além de determinar o prazo para atualização (a cada seis meses) da planilha, direta e inquestionavelmente, para o Executivo, a **obrigação** de cumprir tais formalidades – caracterizando inequívoca **interferência** na administração pública.

Razoável identificar, além do mais, nesse proceder, embora desnecessário à caracterização do vício ora reconhecido, a inequívoca **geração de despesas** (ônus ao erário, sem a necessária indicação da fonte de custeio – inserção e manutenção, atualizada, de dados em sistema computacional), na medida em que o cumprimento da lei, como posto, demanda recursos materiais e humanos.

Há inadmissíveis **atribuições** aos órgãos municipais.

Por outro lado, ainda que se entendam mínimas ou inexistentes as despesas, **inaceitável** manter norma municipal de **iniciativa parlamentar** criando atribuições ao Poder Executivo ["*A propósito do tema, segundo Helly Lopes Meirelles*, '**incumbe ao prefeito dar publicidade não só às leis municipais, mas a todos os atos oficiais da Prefeitura de interesse dos munícipes**, e tais são os decretos, as portarias, as resoluções, os despachos que contenham disposições de caráter externo, bem como o orçamento, as tabelas de tributos, os lançamentos de cada exercício e, mensalmente, o balancete da receita e da despesa e a relação de pagamentos efetuados' (*Direito Municipal Brasileiro*, *16a ed*., *pág. 781*)." – grifei – ADIn nº 0.304.450-30.2011.8.26.0000 – v.u. j. de 08.08.12 – Rel. Des. **RIBEIRO DOS SANTOS**].

Ressalte-se, quanto ao ponto, intolerável **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**).

Daí retirar do mundo jurídico estipulação inconstitucional.

Como já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

"*Compete, portanto, com exclusividade ao Executivo o exercício dos atos que impliquem no* ***gerir das atividades administrativas*** *da cidade, a ele cabendo a iniciativa das leis que lhe propiciem a boa execução das tarefas que lhe são atribuídas.*"

"*Deste modo, quando a pretexto de legislar, o Poder Legislativo administra, editando leis de efeitos concretos, ou que equivalem, na prática, a verdadeiros atos de administração, viola a harmonia e a independência que deve existir entre os Poderes*." (grifei – ADIn nº 990.10.163283-7 – v.u. j. de 13.10.10 – Rel. Des. **RIBEIRO DOS SANTOS**).

Finalmente:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 4.814/2009, do município de Mogi Mirim, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente*

Acesso ao Sumário

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**).

Tal é o caso dos autos.

Finalmente, deixou a norma questionada de **indicar a fonte de custeio** para atender as determinações feitas.

Não basta, para tanto, **referência genérica** constante do **art. 3º** da questionada lei local ("*As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas orçamentárias*" – fls. 29), como reiteradamente aqui julgado (ADIn nº 0.186.864-35.2012.8.26.0000 – j. de 08.05.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; ADIN nº 0.039.795-62.2013.8.26.0000 – j. de 12.06.13 – Rel. Des. **ENIO ZULIANI**; ADIn nº 0.084.460-66.2013.8.26.0000 – j. de 12.03.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**; e ADIn nº 0.189.321-06.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.03.14 – de que fui Relator, dentre outros no mesmo sentido).

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade invalida-se **integralmente** a **Lei Municipal de Sorocaba nº 10.598**, de 15 de outubro de 2013, por afronta aos **arts. 5º, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, letra "a", e 144, todos da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 18.834)

O meu voto julga a ação improcedente.

Cumpre, de início, destacar que o exame da procedência do pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual desconsideração de preceito da Constituição Estadual, descabendo o manejo da ação direta de inconstitucionalidade sob alegada ofensa a preceito da lei orgânica local ou ao próprio Mandamento Constitucional Federal, por aplicação da norma do art. 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei

Acesso ao Sumário

nº 10.598, de 15 de outubro de 2013, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores, após a rejeição do veto integral aposto pelo Prefeito, que dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação pelo Poder Executivo, na página do Município de Sorocaba na *internet* ou outro meio eletrônico disponível, dos processos de solicitação de corte de árvores, bem como dos respectivos laudos de autorização.

Estabelece referido ato normativo, *in verbis*:

> "Art. 1º – Fica o Poder Executivo obrigado a divulgar na rede mundial de computadores, através do 'site' da Prefeitura ou outro meio eletrônico disponível, os processos de solicitação do corte de árvores bem como os laudos de autorização de corte de árvores no Município.
>
> Art. 2º – O setor competente deverá publicar a cada 6 (seis) meses uma planilha com o número total de árvores cortadas, bem como o número de árvores plantadas no Município.
>
> Art. 3º – As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas orçamentárias próprias.
>
> Art. 4º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Pois bem.

Não colhe o argumento de que a matéria tratada na Lei nº 10.598/2013, do Município de Sorocaba, estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada ao Prefeito, em suposta frontal violação ao princípio da independência dos Poderes e, por conseguinte, aos arts. 5º, 24, § 2º e § 5º, inciso I, 25, 47, inciso II, e 144, todos da Constituição Estadual.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

> "Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

No caso vertente, a lei local versou apenas tema de interesse geral da população, concernente a informações relativas à atuação da Administração Pública Municipal, especificamente no tocante às autorizações de corte de árvores no Município, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta apenas ao Poder Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar.

Bem de ver que os temas acerca dos quais a iniciativa do processo

Acesso ao Sumário

legislativo é reservada exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo estão delimitados de forma exaustiva na Constituição Estadual, em seus arts. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, aplicáveis ao ente local por expressa imposição da norma do art. 144 da mesma Carta Paulista; em nenhuma dessas hipóteses, porém, insere-se a matéria objeto da legislação municipal ora impugnada, tratando-se, portanto, de questão da competência legislativa comum dos Poderes Legislativo e Executivo.

E nem se alegue que teria havido a indevida intromissão em questões relativas à organização administrativa e à "direção superior da administração municipal", de competência privativa do Prefeito, em suposta violação aos preceitos do art. 47, incisos II, XI, XIV e XIX, letra "a", da Constituição Estadual; ora, a lei em comento tão somente cuidou de regular questão de interesse predominantemente local, dando ênfase ao princípio da publicidade dos atos administrativos, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelos arts. 30, inciso I[1], e 37, *caput*, da Constituição Federal, sem imiscuir-se diretamente em atos concretos da Administração.

Na verdade, o ato normativo objurgado nada mais fez do que materializar o princípio da publicidade, insculpido no citado art. 37 da Constituição Federal.

Aliás, o acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo insere-se dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (v. art. 5º, inciso XXXIII, da CF[2]), tendo seu exercício regulado na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a qual preconiza, precisamente, que:

> "*Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no* ***inciso XXXIII do art. 5º,*** *no* ***inciso II do § 3º do art. 37*** *e no* ***§ 2º do art. 216 da Constituição Federal****.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:*
>
> *I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;*
>
> *II – divulgação de informações de interesse público,*

1 "Art. 30. Compete aos Municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local".

2 "Art. 5º. ...
(...)
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

independentemente de solicitações;

*III – **utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação**;*

(...)

*V – **desenvolvimento do controle social da administração pública**.*

(...)

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

*II – **informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos**;*

(...)

*V – **informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços**;*

VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

(...)

*Art. 8º. **É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.***

(...)

§ 2º ***Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)***" (g.n.).

Como se vê, a divulgação de dados atinentes à gestão municipal representa uma obrigação imposta ao ente público local pela legislação federal em apreço.

Destarte, possível considerar aqui que a Lei Municipal nº 10.598/2013 nada mais fez do que regulamentar as normas gerais traçadas na Lei Federal nº 12.527/2011, de molde a adequá-las ao peculiar interesse do Município de Sorocaba e disciplinar a forma pela qual seriam disponibilizadas as informações a que se refere a lei geral.

Trata-se, portanto, de providência que incumbia realmente ao Legislativo local, sem implicar em intromissão nas atribuições privativas do Prefeito; sendo o que basta para arredar o alardeado vício de iniciativa do processo legislativo que deu origem à lei contestada nos autos.

De resto, não se há falar que a previsão legal contestada nos autos

Acesso ao Sumário

implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido nos arts. 24, § 5º, "1", e 25 da Constituição Bandeirante; no particular, releva notar que o Município de Sorocaba já possui página própria na rede mundial de computadores, a qual requer permanente atualização e manutenção, serviços para os quais funcionários já foram designados, contando, por sinal, com item específico, atinente ao "Andamento de Processos e Obras"[3]; assim, a determinação de inserção de novos dados, relativos aos processos de solicitação de corte de árvores e respectivos laudos de autorização, na forma definida na legislação ora impugnada, não representa qualquer incremento na despesa do ente público local.

Em seu parecer, a Procuradoria de Justiça destacou, na justa medida, que:

"Em se tratando de processo legislativo, é princípio que as normas do modelo federal são aplicáveis e extensíveis por simetria às demais órbitas federativas. Neste sentido:

'as regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros' (STF, ADI 2.719-1-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 20-03-2003, v.u.).

A regra é a iniciativa legislativa pertencente ao Poder Legislativo; exceção é a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, perfilhando tradicional lição salientando que:

'a distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que a cada categoria de órgãos compete aquelas funções correspondentes à sua natureza específica' (J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 581, 592-593).

Fixadas estas premissas, as reservas de iniciativa legislativa a autoridades, agentes, entidades ou órgãos públicos diversos do Poder Legislativo devem sempre ser interpretadas restritivamente, na medida em que, ao transferirem a ignição do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros. Neste sentido, colhe-se da Suprema Corte:

3 Disponível em http://www.sorocaba.sp.gov.br/#; Acesso em: 8/04/2014.

Acesso ao Sumário

'A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e 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' (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001).

'As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo' (RT 866/112).

'A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. – A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em conseqüência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa' (STF, MS 22.690-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 17-04-1997, v.u., DJ 07-12-2006, p. 36).

Como desdobramento particularizado do princípio da separação dos poderes (art. 5º, Constituição Estadual), a Constituição do Estado de São Paulo prevê no art. 24, § 2º, iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo (aplicável na órbita municipal por obra de seu art. 144). Não se verifica nesse preceito reserva de iniciativa legislativa instituída de maneira expressa ao objeto da lei impugnada.

Tampouco o assunto se insere no art. 47 que institui a competência privativa do Chefe do Poder Executivo. O dispositivo que consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração – que veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo.

A questão é de incremento dos níveis de transparência administrativa, permitindo à população o conhecimento e a vigilância sobre as ações estatais, inclusive no que toca à proteção do meio ambiente (corte de árvores).

Ela se insere no âmbito do princípio da publicidade administrativa, previsto no art. 111 da Constituição Estadual.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

Acesso ao Sumário

'Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e)' (STF, ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, 12-03-2002, v.u., DJ 03-05-2002, p. 13).

E este egrégio Tribunal de Justiça julgou que:

'Ação declaratória de inconstitucionalidade. Lei Municipal. Iniciativa parlamentar.

1. Compete ao Executivo dispor a respeito dos serviços públicos criando-os, expandindo-os, reduzindo-os ou extinguindo-os consubstanciando, com exclusividade, a direção superior da administração (art. 47, II, CE).

2. A Lei de iniciativa parlamentar, que não cria serviço oneroso por já existir, mas só dispõe sobre inserção no site de dados objetivos da transparência da administração, quer em relação ao Executivo quer ao Legislativo, não viola os artigos 5º, 25 e 47, II, c.c. 144 da CE.

Ação julgada improcedente' (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0196610-92.2010.8.26.0000, relator Desembargador LAERTE SAMPAIO, j. 09/02/2011).

Tampouco é admissível a arguição de ofensa ao art. 24, § 5º, I e ao 25 da Constituição Estadual. A lei local não criou encargo novo para a Administração Pública municipal porque a divulgação oficial de informações, para além da publicação dos atos da Administração no órgão oficial, já existe; objetiva-se apenas, com a lei impugnada, prescrever conteúdo suficiente da publicidade governamental afeta às autorizações de corte de árvores.

Neste sentido já se pronunciou este Colendo Órgão Especial:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.503, de 19 de março de 2012, de iniciativa parlamentar, que estabelece a disponibilização, pelo Poder Executivo, na página do Município na internet, do 'Portal da Transparência Pública de Ubatuba' – Vício de iniciativa não identificado – Lei em comento que apenas versou tema de interesse geral da população, concernente a informações relativas à atuação da Administração Pública Municipal, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, que seria afeta apenas ao Poder Executivo – Acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo que, ademais, se insere dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na CF (art. 5º, XXXIII), tendo seu exercício regulado na Lei Federal nº 12.527/2011 – **Município de Ubatuba que, outrossim, já possui página própria na rede mundial de computadores, a qual requer permanente atualização**

Acesso ao Sumário

e manutenção, serviços para os quais certamente funcionários já foram designados – Determinação de inserção de novos dados, na forma definida na legislação ora impugnada, que, destarte, não representa qualquer incremento na despesa do ente público local e nem tampouco intromissão nas atribuições funcionais dos servidores envolvidos, uma vez que atinentes às mesmas obrigações que já lhes haviam sido destinadas – Inocorrência, nessa linha, de violação ao princípio da separação dos poderes – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente' (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0270082-58.2012.8.26.0000-TJSP, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 26/06/2013)" (v. fls. 240/246).

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado, a partir de processo legislativo deflagrado perante a Câmara de Vereadores, não se divisando aqui os vícios aduzidos pelo autor na exordial.

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0166437-80.2013.8.26.0000, 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: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 30.111)**

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, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JÚNIOR, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º, inciso II, alínea b, item 2, da Lei Complementar Municipal nº 61/2013, de Itapetininga. Dispositivo legal acrescentado por emenda aditiva, que incluiu novos beneficiários (funcionários públicos licenciados para tratamento de saúde) para o recebimento de abono salarial, não contemplados no projeto de lei originário, de autoria do chefe do Executivo. Pretendido reconhecimento de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Ocorrência. Excesso ao poder de emenda. Inserção de matéria ao projeto de lei apresentado pelo Prefeito Municipal que acarreta em aumento de despesas, por estender benefício a uma gama de servidores não contemplados no projeto original. Norma, ademais, que não aponta a origem dos recursos orçamentários necessários para atender os gastos gerados. Violação, então, aos artigos 24, §§ 2º e 5º, 175, § 1º, da Constituição Estadual. Precedentes do Eg. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial. Ação julgada procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Itapetininga contra o Presidente da Câmara Municipal de Itapetininga, tendo por objeto o item 2, da alínea b, do inciso II, do artigo 2º, da Lei Complementar Municipal nº 61, de 26 de junho de 2013 – *que estende a funcionários públicos licenciados para tratamento de saúde abono salarial criado pelo Chefe do Executivo*.

Acesso ao Sumário

Alega-se, essencialmente, que o ato normativo combatido está eivado de ***inconstitucionalidade formal***, por vício de iniciativa, vez que inclui beneficiários não contemplados no projeto inicial, de competência do chefe do Poder Executivo; ***e material***, por aumento de despesa pública sem dotação orçamentária.

Distribuída a ação, inicialmente, ao eminente ***Des. Castilho Barbosa***, a liminar foi deferida (*f. 38/39*).

Após, a Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (*f. 48/49*).

Em seguida, a Câmara Municipal de Itapetininga prestou informações no

prazo legal (*f. 55/57*), sustentando a improcedência da demanda.

Neste grau de jurisdição, registra-se parecer ministerial ilustre da douta Procuradoria Geral de Justiça, que conclui pela procedência da ação direta – *f. 79/81*.

Em razão do término da investidura no C. Órgão Especial do relator originário, ***Des. Castrilho Barbosa***, os autos foram redistribuídos a este Desembargador subscritor, e conclusos aos ***24.fev.2014*** – *f. 86*.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade **deve ser julgada procedente**, para declarar **inconstitucional** o item 2, da alínea b, do inciso II, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 61, de 26 de junho de 2013, do Município de Itapetininga.

O ato normativo combatido, em síntese, inclui, por emenda parlamentar aditiva, os funcionários licenciados para tratamento de saúde como beneficiários de abono criado por norma de iniciativa do Prefeito Municipal – *que dispôs sobre a revisão geral anual e autorizou a concessão de abono salarial aos Funcionários Municipais*.

Pois bem.

Pretexta-se a inconstitucionalidade do citado item 2, da alínea b, do inciso II, do artigo 2º, da norma em análise, por vício de iniciativa e ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

E assim pode ser entendido, respeitosamente, ao menos quanto à ofensa daquele princípio constitucional.

Ora.

A Lei Complementar nº 61/2013 é originária do Projeto de Lei Complementar nº 07/2013, de iniciativa do Prefeito Municipal, cujo objeto era dispor sobre a revisão geral anual e autorizar a concessão de abono salarial aos Funcionários Municipais.

Enviado à Câmara Municipal, o projeto de lei foi aprovado, embora realizada **emenda parlamentar**, que acrescentou o atacado item 2, da alínea b, do inciso II, do artigo 2º, que, como se viu, também incluiu, como beneficiários do abono salarial, os funcionários licenciados para tratamento de saúde.

Ao exercer seu poder de emenda, a Câmara Municipal de Itapetininga houve por bem, direta e expressamente, **acarretar aumento de despesa ao projeto original**, já que estende o recebimento da gratificação especial a uma maior gama de servidores, notadamente aqueles que se licenciam para tratamento de saúde.

E assim atuando, o Legislativo incorreu em **excesso ao poder de emenda, *ao adicionar tema que implicou em oneração do erário, embora sem prévia dotação orçamentária***.

Acesso ao Sumário

De acordo com o Pretório Excelso:

"*As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa.* ***Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações****: a) a impossibilidade de o parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e* ***b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF)*****". (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.114/SP, r. Min. Carlos Britto, j. 24.08.2005)**

Vale dizer.

Ao usar de seu poder de emenda e incluir novos beneficiários para o recebimento do abono salarial, o Legislativo acabou por causar aumento de despesa no projeto originário, já que possibilitou a extensão do benefício a uma maior gama de servidores, não contemplados no projeto inicial, de autoria do Executivo.

O que é inadmissível.

Trata-se, logo se vê, de indevida ingerência parlamentar na gestão administrativa orçamentária, a causar, por isso mesmo, situação danosa às relações institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais.

Daí a ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, a gerar, por aqui, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Mais.

Para além do vício destacado, a norma impugnada também não indica precisamente, quanto aos novos beneficiários, a origem de recursos orçamentários para atender à despesa criada.

Donde ser imperiosa, também por este motivo, a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Respeitosamente.

Como, aliás, já julgou a **Eg. Corte Suprema**:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 12 DA LEI 10789 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE LEI DE INICIATIVA RESERVADA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AUMENTO DE DESPESA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. 1. Criação de gratificação – Pró-labore de Êxito Fiscal. Incorre em vício de inconstitucionalidade formal (CF, artigos 61, § 1º, II, 'a' e 'c' e 63, I) a norma jurídica decorrente de

emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, de que resulte aumento de despesa. Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria. Precedentes. 2. Ausência de prévia dotação orçamentária para o pagamento do benefício instituído pela norma impugnada. Violação ao artigo 169 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente". (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2079/SC, r. Min. Maurício Corrêa, j. 29.04.2004, v.u.)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A SERVIDORES ATIVOS. EXTENSÃO AOS INATIVOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 1. A norma do art. 5º da Lei Municipal 2.285/1995 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/RJ, por violação aos arts. 112, § 1º, II, a e b, e 113, I, c/c 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 2. A disposição sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica dos servidores públicos municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. 3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando estender aos inativos vantagem concedida aos servidores em atividade que impliquem aumento de despesas. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário n.º 374.922/RJ, r. Min. Ellen Gracie, j. 07.06.2011, v.u.)

No mesmo sentido, este **C. Órgão Especial**:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE do parágrafo 4º, do artigo 109, da Lei Orgânica do Município de Penápolis – Dispositivo oriundo de emenda parlamentar que institui o percebimento da sexta-parte sobre vencimentos integrais aos servidores públicos municipais – Configurado vício de iniciativa – Tema relativo à remuneração dos servidores – Ingerência indevida do legislativo local em tópico de exclusividade do Poder Executivo – Violação aos artigos 5º; 24, § 2º, item 1, 25 e 144, todos da Constituição Paulista – Ação julgada procedente". **(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Ribeiro dos Santos, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 0205834-54.2010.8.26.0000, j. 14.12.2011, v.u.)**

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar Municipal – Município de Taubaté – Projeto de lei Complementar de iniciativa do Chefe do Poder Executivo do Município criando cargos de professores na rede de ensino Municipal – Emenda

Acesso ao Sumário

de iniciativa da Câmara Municipal – Inserção de artigo estabelecendo jornada parcial de trabalho para os titulares dos cargos criados. – INADMISSIBILIDADE – Matéria reservada ao Poder Executivo. – EMENDA VETADA – REJEIÇÃO DO VETO – PROMULGAÇÃO COM O AUTÓGRAFO DO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL – Invasão de competência exclusiva do Poder Executivo caracterizada. – Tema relacionado ao regime jurídico dos servidores públicos municipais e à organização administrativa do ensino municipal. – INCONSTITUCIONALIDADE. Afronta à Constituição da República (art. 61, § 1º, II, alíneas 'a'; 'b' e V), e à Constituição do Estado de São Paulo (art. 24, § 2º, incisos 1 e 4). – Emenda que contempla vício de iniciativa e violação do princípio da separação dos Poderes. – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL DE TAUBATÉ 141, DE 4 DE JANEIRO DE 2006.". **(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Amado de Faria, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 133.975-0/4, j. 23.07.2008, v.u.)**

POSTO, julga-se procedente a ação direta, para reconhecer a inconstitucionalidade do item 2, da alínea b, do inciso II, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 61, de 26 de junho de 2013, do Município de Itapetininga.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0269871-22.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO DO ESTADO DE SÃO PAULO (PRB/SP), são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX NUNC'. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.559)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO E PÉRICLES PIZA, julgando a ação procedente, com efeito "ex nunc"; e LUIZ GANZERLA, ITAMAR GAINO, ARANTES

THEODORO, ANTÔNIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), julgando a ação improcedente.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

SAMUEL JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Emenda à Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto nº 43, de 06 de junho de 2012, que prevê a eleição de 22 (vinte e dois) vereadores para aquela cidade, tendo operado a redução do patamar previsto anteriormente, de 27 vereadores – Inconstitucionalidade, vez que houve afronta a regra da proporcionalidade, que se extrai do artigo 29, inciso IV, da CF – Fixação de efeito "ex nunc" em razão de segurança jurídica e interesse social.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Republicano Brasileiro do Estado de São Paulo (PRB/SP), tendo como alvo a Emenda à Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto nº 43, de 06 de junho de 2012, que prevê a eleição de 22 (vinte e dois) vereadores para aquela cidade.

Sustenta o requerente que o ato normativo impugnado teria contrariado os artigos 22, I, e 111, ambos da Constituição do Estado de São Paulo, bem como o artigo 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Estadual, além de dispositivos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, em especial, da própria Lei Orgânica Municipal e do Regimento Interno da Câmara Municipal.

Alega que a norma impugnada promoveu a modificação do artigo 6º, "caput", da Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto, reduzindo o número de vereadores de 27 (vinte e sete) para 22 (vinte e dois). Ocorre, no entanto, que teriam sido contrariados os princípios do devido processo legislativo e da publicidade, visto que a Proposta de Emenda tramitou em desconformidade com o Regimento Interno da Câmara Municipal e com a Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto, contrariando, por isso, dispositivos da Constituição do Estado.

A liminar foi indeferida (fls. 222/223).

Houve interposição de agravo regimental, rejeitado pelo C. Órgão

Acesso ao Sumário

Especial às fls. 264/266. Contra tal decisão, foi interposto recurso extraordinário (fls. 275/318), o qual não teve seguimento (fls. 350/351).

Manifestação da Fazenda Estadual às fls. 360/361 e da Câmara Municipal às fls. 373/375.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da presente ação (fls. 378/384).

É o relatório.

Como bem destacou o lúcido parecer da Procuradoria Geral de Justiça a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada procedente, contudo, não pelos fundamentos apontados pelo requerente.

Inicialmente, impõe-se destacar que o vício de inconstitucionalidade material (*também denominado inconstitucionalidade nomoestática*) perfaz-se quando o conteúdo de uma lei ou ato normativo não guarda a necessária congruência com algum preceito e/ou princípio contido no texto da Constituição (Estadual ou Federal). Trata-se, em outras palavras, da existência de uma relação de não conformidade entre o objeto do diploma legislativo e a ordem constitucional vigente, podendo manifestar-se, tal desarmonia, nas formas de violação textual, afronta implícita ou desvio de poder – consoante se extrai da lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 479).

Ao discorrer sobre a temática acima apresentada, o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO pontifica que "*a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição, pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional* – e.g., *a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º,* caput*, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. **O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas***" (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29).

Assentada tal premissa, importa ressaltar que no caso em tela, houve violação a regra da proporcionalidade da representação à população do Município, que é princípio constitucional estabelecido no artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, devendo ser respeitado pelo ente de 3º grau da Federação, nos termos do artigo 144 da Constituição Paulista.

Ocorreu tal afronta porque foi editada a Emenda à Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto nº 43, de 06 de junho de 2012, a qual previu a eleição de 22 (vinte e dois) vereadores para aquela cidade, tendo operado a redução do patamar previsto anteriormente, de 27 (vinte e sete) vereadores.

Acesso ao Sumário

Nota-se que há contrariedade ao texto constitucional, vez que o Município de Ribeirão Preto tem população de 649.556 (seiscentos e quarenta e nove mil e quinhentos e cinquenta e seis) habitantes, limite este que se enquadra na alínea "j" do inciso IV do artigo 29 da Carta Magna, que prevê: "limite máximo de 27 (vinte e sete) vereadores, nos municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes".

Importa destacar que a alínea anterior deste inciso prevê limite máximo de 25 vereadores, nos municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes.

Vê-se que, pelo fato da Constituição Federal mencionar limite máximo, deve ser feita uma interpretação sistemática de que o número mínimo de vereadores é sempre balizado pela alínea anterior.

Assim, no presente caso, o número mínimo de vereadores no município de Ribeirão Preto é de 25 (vinte e cinco) vereadores e o máximo de 27 (vinte e sete) e não de 22 (vinte e dois) conforme previsto na emenda supra referida. Logo, há afronta ao texto constitucional.

Em face de tais razões, declara-se a inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Município de Ribeirão Preto nº 43, de 06 de junho de 2012, contudo fixa-se efeito "ex nunc", por razões de segurança jurídica e interesse social, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.504)

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** ajuizada pelo Partido Republicano Brasileiro do Estado de São Paulo quanto à **Emenda à Lei Orgânica nº 43**, **de 06.06.12**, ao alterar o *caput* do seu art. 6º reduzindo de 27 (vinte e sete) para 22 (vinte e dois) o número de vereadores a serem eleitos no município de Ribeirão Preto.

Sem razão o autor.

Inclino-me por prestigiar a **autonomia municipal**.

Ela, que **não** se confunde com soberania (predicado do Estado federado) configura-se "... *pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração*." (**ALEXANDRE DE MORAES** – "Direito Constitucional" – Ed. Atlas – 2011, p. 296).

A Constituição Federal – embora antes fixando limites mínimos e máximos do número de vereadores – sofreu **alteração** pela **EC nº 58**, **de 23.09.09**, passando a estabelecer **apenas** o último ["*Art. 29 – O Município*

Acesso ao Sumário

reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: (...) j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes..."], segundo se nota, **não desrespeitado** pela **Emenda nº 43/12** à Lei Orgânica do Município de Ribeirão Preto ("*art. 6º – O Poder Legislativo é exercido pela Câmara Municipal, composta por 22 (vinte e dois) Vereadores, eleitos nos termos da legislação federal pertinente.*" – fls. 122).

Está-se a propor **limite mínimo** de vereadores **não** previsto na Constituição Federal, presumível tão somente a partir de interpretação de texto revogado e impondo restrição não prevista à autonomia municipal. Ora, se se modificou a Constituição para firmar tão somente o limite máximo, não se afigura razoável, por interpretação, ampliar a restrição para o limite mínimo. Entendendo excessivo aquele número máximo por ela fixado, possível sua redução. Compete ao próprio Município, em nome de sua autonomia, limitar-se, segundo critérios de conveniência e oportunidade, no âmbito da liberdade constitucionalmente assegurada.

Precedentes deste **Colendo Órgão Especial** (AInc nº 0.096.093-45.11 – Rel. Des. **CORRÊA VIANNA** – v.u. j. de 24.08.11 e AInc nº 0.018.856-95-12 – Rel. Des. **GUILHERME STRENGER** – v.u. j. de 04.04.12) enfrentaram situação diversa da presente – legislação local **elevando** o número de vereadores além do constitucionalmente estabelecido e as posições doutrinárias invocadas ("Constituição Federal comentada e legislação constitucional" – **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY** e "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência" – **LUÍS ROBERTO BARROSO**) são **anteriores à EC nº 58/2009**, exatamente a que afastou o questionado limite mínimo.

Moralidade e razoabilidade presumem-se respeitadas quando ato se pautou na própria Constituição. Sequer arguição de afronta à proporcionalidade se sustenta. Inadmissível subsista outro limite senão o constitucional. Impor-se-ia restrição onde não há.

Não vislumbro, com todo o respeito ao ilustre Desembargador Relator, na alteração introduzida pela Emenda nº 43/12 à Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto, ora impugnada, afronta ao texto constitucional.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Pelo meu voto, julgo improcedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0128604-28.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA FÉ DO SUL e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA FÉ DO SUL.

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. LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), LUIS GANZERLA, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RUY COPPOLA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 111, de 25 de julho de 2006, do Município de Santa Fé do Sul, que alterou a redação anterior do Plano Diretor, impondo novas condições para aprovação de projetos de parcelamento do solo – Legislação que regulou matéria atinente ao direito urbanístico, acerca da qual compete apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, na forma estabelecida no artigo 24, inciso I, da Carta Magna – Eventual suplementação da norma federal pelo Município, com esteio no art. 30, incisos I e II, da CF, que deveria ficar restrita às questões de manifesto interesse local, sem estender-se em regras gerais, afetas apenas à competência legislativa da União – Tema, ademais,

Acesso ao Sumário

que já havia sido inteiramente regulado na Lei Federal nº 6.766/79, impedindo a edição de ato normativo em sentido contrário pelo ente público local – Invasão de competência legislativa de outros entes federados pelo Município que restou, portanto, evidenciada – Ato normativo questionado que, ainda, impôs a doação de percentual do loteamento ao Município, como condição à aprovação do projeto, exigência não contida no art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 6.766/79, criando espécie anômala de desapropriação, não prevista no ordenamento jurídico pátrio, em desconsideração ao direito de propriedade – Inexistência, também, de pertinência entre a exigência legal contestada e o interesse público envolvido (ordenação do espaço urbano), pois a obrigação de "doação" de percentual da área dos loteamentos ao Município não importa em benefícios aos moradores locais, o que evidencia, igualmente, violação aos princípios que devem reger a atuação da Administração, insculpidos no art. 111 da Carta Estadual, especialmente os da legalidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Áreas recebidas pelo Município em razão da legislação ora questionada que foram objeto de dezenas de alienações públicas, desde a vigência do ato normativo, no ano de 2006, em negócios que atingiram valor substancial e envolveram terceiros de boa-fé, não se mostrando razoável e nem recomendando a desconstituição dessas transações – Presença, destarte, de razões de segurança jurídica na espécie que recomenda a modulação dos efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, a partir da concessão da medida liminar nestes autos, por aplicação da regra contida no art. 27 da Lei Federal nº 9868/99 – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação dos efeitos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Popular Socialista em face do art. 43, inciso IV, e § 1º, inciso II, e § 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 111, de 25 de julho de 2006, que alterou a redação anterior do Plano Diretor da Estância Turística de Santa Fé

do Sul, impondo novas condições para aprovação de projetos de parcelamento do solo.

Alega o autor, em apertada síntese, que: as disposições legais atacadas importam em violação ao direito de propriedade, garantido no art. 5º, *caput*, incisos XXII e XXIV, da Constituição Federal, ao exigirem a doação forçada de áreas substanciais dos loteamentos ao Município, como condição para a aprovação dos respectivos projetos; não há qualquer razoabilidade ou proporcionalidade na imposição de obrigação ao proprietário em efetivar doação de terras ao Poder Público, que delas poderá livremente dispor, na forma prevista no art. 43, § 10, da Lei Complementar Municipal nº 111/2006; a reserva de áreas institucionais e áreas verdes não se confunde com o dever de doar ao Município considerável percentual do terreno a ser parcelado, sem justa causa; trata-se de imposição desproporcional de uma doação compulsória, sem qualquer contraprestação do Poder Público, em violação à regra do art. 111 da Constituição Estadual.

Inicialmente indeferida (v. fls. 91/92), a medida cautelar postulada, diante de novos elementos trazidos pelo autor (v. fls. 157/160), foi posteriormente concedida, para o fim de suspender a eficácia das normas contidas no art. 43, inciso IV e § 1º, inciso II, e § 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 111/2006, até o julgamento da ação (v. fl. 183).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 107 e 111/112).

O Prefeito e a Presidência da Câmara Municipal de Santa Fé do Sul prestaram as informações requisitadas, sustentando a constitucionalidade da legislação questionada (v. fls. 114/120 e 124/126).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (v. fls. 130/142).

Sobreveio, então, a apresentação de "informações adicionais" por parte do Chefe do Poder Executivo, com longa explanação acerca da compatibilidade das disposições legais impugnadas com as normas constitucionais estaduais (v. fls. 205/223 e documentos de fls. 224/405).

Foi oportunizada nova manifestação à Procuradoria-Geral de Justiça, na qual reiterou seu anterior parecer, anotando, ainda, o descabimento da pretendida modulação dos efeitos da eventual decisão de procedência da ação (v. fls. 407/409).

É o relatório.

A ação merece acolhida.

Os dispositivos da Lei Complementar nº 111, de 25 de julho de 2006, do Município de Santa Fé do Sul, objeto da demanda em causa, dispõem, *in verbis*:

> "**Art. 43**. Da área total de um projeto de parcelamento urbano ou de expansão urbana, serão destinados, no mínimo:

Acesso ao Sumário

(...)

IV. 5% (cinco por cento) para áreas dominiais.

§ 1º – A porcentagem de áreas públicas, referidas neste artigo para parcelamento de gleba com área superior a 15.000 m² (quinze mil metros quadrados), ressalvados os casos expressos na presente lei, não poderá ser inferior a 40% (quarenta por cento) da gleba objeto do parcelamento, exceto nos casos de desmembramento, ocasião em que o percentual a ser fixado não poderá ser inferior a 15% (quinze por cento), distribuído da seguinte forma: **(redação dada pela LC. 224, de 19/07/2012)**.

(...)

II. 10% (dez por cento) para áreas dominiais.

(...)

§ 7º – O parcelamento de glebas com áreas inferiores a 15.000 m², (quinze mil metros quadrados), deverá obedecer a seguinte tabela para a destinação de áreas públicas: **(redação dada pela LC.228/2012).**

(...)

II. Glebas de 4.000,01 m² até 15.000,00 m² (quinze mil metros quadrados) será destinado 10% (dez por cento) do total da área para uso dominial".

Como se vê, a lei em comento cuidou de regular matéria atinente ao direito urbanístico, acerca da qual compete apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, na forma estabelecida no artigo 24, inciso I, da Carta Magna.

No exercício dessa competência, foi editada a Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, na qual restaram expressamente definidos os requisitos a serem atendidos pelos loteamentos, esgotando o tema ali tratado.

A propósito, estabelece o art. 4º daquela lei federal, *in verbis*:

"Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I – as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem; *(redação da Lei 9.785, de 29.1.99)*.

II – os lotes terão área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a

Acesso ao Sumário

reserva de uma faixa 'non aedificandi' de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

IV – as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local".

É certo que o artigo 30, incisos I e II, da Constituição da República autoriza os Municípios a suplementarem a legislação federal, no que couber, em assuntos relativos ao interesse local; todavia, como expressamente ressalvado nesse dispositivo, tal faculdade deve ficar restrita aos temas específicos de interesse exclusivamente local; portanto, não cabe ao ente público beneficiado pela norma constitucional em causa dispor acerca de questões já inteiramente disciplinadas nas normas gerais postas pela União, ampliando os limites ali definidos, sob pena de converter a competência suplementar do Município em competência concorrente, da qual não dispõe.

Aliás, a própria Lei Federal nº 6.766/79 prevê sua suplementação por parte do Município, fixando-lhe o âmbito de ingerência, na seguinte forma:

"Art. 4º. (...)

(...)

II – os lotes terão área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, **salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências**, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes.

(...)

§ 1º. A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento *(redação da Lei 9.785, de 29.1.99)*" (g.n.).

A propósito, destaca Alexandre de Moraes que:

"O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas no art. 24 da Constituição de 1988.

Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse

Acesso ao Sumário

ente federativo: interesse local" (v. "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2005, p. 765).

Do mesmo modo, doutrina Hely Lopes Meirelles, precisamente, que:

> "Tratando-se de competências concorrentes e supletivas, sempre que a esfera mais alta passar a prover o mesmo assunto de modo diverso do provimento inferior fica afastada a regulamentação da entidade menor; se não houver conflitos vigem, paralelamente, ambas as competências.
>
> (...)
>
> Com a Lei 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o *parcelamento do solo para fins urbanos*, foram editadas normas urbanísticas para o *loteamento* e o *desmembramento* de glebas destinadas a urbanização, mas com a ressalva de que 'os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais' (art. 1º, parágrafo único). As normas urbanísticas desta lei federal são de caráter geral e fixam parâmetros mínimos de urbanização da gleba e de habitabilidade dos lotes, os quais podem ser complementados com maior rigor pelo Município, para atender às peculiaridades locais e às exigências do desenvolvimento da cidade" ("Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 461 e 559).

Bem de ver que, conquanto aqueles contidos no citado art. 4º da Lei Federal nº 6.766/79 sejam os requisitos mínimos exigíveis do loteador, sendo então lícita a imposição pelo Município de outros mais rígidos, segundo sua conveniência e peculiaridades, à evidência, o ente público local não poderia criar novas hipóteses não previstas nas regras gerais traçadas na legislação federal, v.g. doação de percentual do parcelamento para áreas dominiais, devendo-se limitar à ampliação das restrições já definidas pela União.

A legislação federal já havia cuidado de regular integralmente a questão relativa ao parcelamento do solo urbano, estabelecendo expressamente a destinação das áreas públicas exigidas, restritas "a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público" (v. art. 1º); destarte, não era dado ao Município desconsiderar tais disposições, prevendo nova destinação de parte do loteamento para áreas públicas, o que claramente extrapola o âmbito de sua competência legislativa.

Ademais, tem relevo na espécie o fato de que o tema versado nas disposições da Lei Complementar Municipal nº 111/2006 ora questionadas não pode realmente ser considerado de interesse predominantemente local, haja vista referir-se a questões genéricas do uso e ocupação do solo, pertinentes a qualquer ente político de forma indistinta, sem dizer respeito a eventual benefício ou interesse específico do Município de Santa Fé do Sul.

Acesso ao Sumário

Ainda uma vez, 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).

Impende considerar, então, que a competência suplementar do Município, em relação às matérias de competência legislativa da União, deve ser exercida apenas para integração da temática disciplinada na norma geral federal; ou seja, a lei municipal não pode alterar ou criar imposições diferentes daquelas estabelecidas pelo ato normativo federal, ficando restrita a uma "adaptação" das disposições da legislação superior às particularidades locais, o que não foi observado no caso da legislação objurgada nos autos, a qual claramente extrapola regras de ordenação urbanística, criando obrigação adicional aos loteadores não prevista na Lei Federal nº 6.766/79.

Forçoso reconhecer, portanto, que as disposições legais municipais questionadas nos autos invadem competência legislativa da União, incidindo em manifesta inconstitucionalidade, por ofensa ao disposto nos arts. 1º, 5º e 144, da Constituição Estadual.

Além disso, ao estabelecerem a destinação de um percentual mínimo do loteamento para áreas dominiais, que não representam aquelas contempladas no art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 6.766/79, os atos normativos municipais questionados também desconsideram o direito de propriedade, garantido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, criando espécie anômala de desapropriação, não prevista no ordenamento jurídico pátrio; e nem tampouco há qualquer pertinência entre a exigência legal contestada e o interesse público envolvido (ordenação do espaço urbano), pois a obrigação de "doação" de percentual da área dos loteamentos ao Município não importa em benefícios aos moradores locais, o que evidencia, igualmente, violação aos princípios que devem reger a atuação da Administração, insculpidos no art. 111 da Carta

Acesso ao Sumário

Estadual, especialmente os da legalidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

Na verdade, os vícios de inconstitucionalidade existentes nas disposições legais objeto da presente ação ficaram perfeitamente delimitadas no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ao realçar, na justa medida, que:

> "Os atos normativos acima transcritos violam o princípio federativo que se manifesta na repartição constitucional de competências (arts. 1º e 144, da Constituição Paulista).
>
> Os dispositivos legais impugnados estabelecem como condição para aprovação dos projetos de parcelamento do solo destinação de áreas dominiais além das áreas públicas previstas na Lei nº 6.766/79 (as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público).
>
> A matéria objeto dos dispositivos legais impugnados é de competência legislativa concorrente da União e do Estado nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal que estabelece que cabe a União e aos Estados legislar concorrentemente sobre direito urbanístico. No âmbito dessa legislação concorrente, sua competência se limitará a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, da Constituição Federal).
>
> A Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências, disciplinou de forma exaustiva quais são as áreas públicas que podem ser exigidas em um projeto de parcelamento do solo.
>
> Os Municípios podem estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto na Lei nº 6.766/79 às peculiaridades regionais e locais (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79). No entanto, tal competência deve ser exercida nos termos da lei federal e nos limites do interesse local.
>
> Não se verifica, porém, que a condição de destinação de áreas dominiais em projetos de parcelamento do solo seja necessária para adequação da lei federal às peculiaridades locais.
>
> De outro lado, a exigência de destinação de áreas dominiais não se insere na atividade legislativa urbanística municipal complementar, que deve ter por objetivo assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o Plano Diretor do Município para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.
>
> Os requisitos urbanísticos para o projeto de parcelamento do solo foram definidos na lei federal (art. 4º da Lei nº 6.766/79). Dentre eles, as áreas públicas a serem reservadas foram disciplinadas de forma exaustiva, não contemplando destinação de áreas dominiais. Ao Município conferiu-se apenas a possibilidade de estabelecer em

Acesso ao Sumário

lei o percentual das referidas áreas que deverão ser proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

O esquema de repartição de competências entre os entes federados – expressão do princípio federativo – conferiu à União e aos Estados, sem espaço aos Municípios, a competência para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I, da Constituição Federal).

O trato da matéria, visualizada numa perspectiva abrangente e múltipla, envolve regras gerais para uso e ocupação do solo, de forma a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, demandando, por isso mesmo, uma disciplina normativa uniforme para todo território nacional e aplicável a todos os Municípios.

Sobre a matéria, a União no uso de sua competência de legislar (CF, art. 24, I) editou a Lei nº 6.766/79, estabelecendo os requisitos gerais para um projeto de loteamento, dentre os quais áreas públicas devem ser reservadas.

Não contempladas as áreas dominiais, está vedado aos Municípios, no exercício de sua competência complementar, exigi-las, haja vista que não se trata de adequação da normatização federal às peculiaridades locais, haja vista que obviamente todo o município no país teria interesse em poder exigir áreas dominiais em projetos de parcelamento do solo.

Tal possibilidade é contrária aos princípios da Administração Pública, sobretudo, ao da moralidade.

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 de cada comuna o estabelecimento de exigência de destinação de áreas dominiais em projetos de parcelamento do solo urbano. Deste modo, normas desta natureza são da órbita de competência normativa federal.

Ainda que assim não fosse, o assunto, em termos acadêmicos, foi bem examinado por Fernanda Menezes Dias de Almeida assentando que a colisão de competências resolve-se pela prevalência das 'determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa' (Competências na Constituição de 1988, São Paulo: Atlas, 2ª ed., p. 159).

Não pode o legislador municipal, contudo, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa deste ente federativo superior (RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).

Sobre a matéria específica manifestou-se o Supremo Tribunal Federal que:

Acesso ao Sumário

'A criação, a organização e a supressão de distritos, da competência dos Municípios, faz-se com observância da legislação estadual (CF, art. 30, IV). Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – CF, art. 30, VIII – por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas – União e Estado-membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional.' (ADI 478, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-2006, Plenário, DJ de 28-2-1997).

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Trata-se de um dos pontos caracterizadores e asseguradores da existência e de harmonia do Estado Federal.

A base do conceito do Estado Federal reside exatamente na repartição de poderes autônomos, que, na concepção tridimensional do Estado Federal Brasileiro, se dá entre a União, os Estados e os Municípios. É através desta distribuição de competências que a Constituição Federal garante o princípio federativo. O respeito à autonomia dos entes federativos é imprescindível para a manutenção do Estado Federal.

Dessa forma, no conflito normativo aqui analisado, conclui-se que o art. 43, IV, § 1º, II e § 7º, II, da Lei Complementar nº 111, de 25 de julho de 2006, do Município de Santa Fé, violou o princípio da repartição constitucional de competências, que é a manifestação mais contundente do princípio federativo, operando, por consequência, desrespeito a princípios constitucionais estabelecidos.

Essa é a razão pela qual restou configurada, no caso, a ofensa ao disposto nos arts. 1º, 5º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Importante ainda ressaltar que não se pode negar a competência municipal para planejar e controlar a utilização, o parcelamento e a ocupação do solo urbano.

Aliás, tem-se entendido que a Municipalidade tem o dever e não a mera faculdade de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo, sobretudo para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população. Assim se decidiu, por exemplo, no julgamento do recurso especial n. 448.216/SP, proferido pela Primeira Turma do STJ, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux.

Porém, não se deve confundir esse dever do município, que se concretiza mediante exigências para a implantação de loteamentos, com exigências que não estão relacionadas aos padrões urbanísticos e ao bem estar da população.

No caso em discussão, o município extrapolou os limites da sua competência constitucional ao impor exigência que, bem analisada,

Acesso ao Sumário

determina a perda da propriedade particular.

O direito de propriedade é assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e não pode ser violado fora dos limites constitucionais.

A imposição da perda da propriedade privada por lei municipal afronta a Constituição Federal porque, repita-se, não representa a imposição de uma limitação de caráter urbanístico, o que seria válido, como decidiu a Primeira Turma do STJ, ao enfrentar o recurso especial n. 474.475/SP:

'Compete ao Município legislar sobre questões atinentes a interesse local, dentre eles, promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Conclui-se, portanto, que a população sujeita-se às limitações urbanísticas impostas pelo Poder Público, que, *in genere*, são realizadas em prol do interesse coletivo' – grifos nossos.

A imposição de perda da propriedade, em prol de entidade municipal, por mais louvável que seja sua atuação, não configura limitação de ordem urbanística, mas sim indevido confisco da propriedade privada.

A propósito do tema esse Colendo Órgão Especial em arguição de inconstitucionalidade já decidiu que:

'Inconstitucional a parte final do artigo 5º da Lei riopretana nº 5.138, dos 28 de dezembro de1992, que condiciona a aprovação de loteamento à doação de cinco por cento da área loteada para fins dominicais' (Argüição de Inconstitucionalidade nº 990.10.354575-3 – Rel. Des. Barreto Fonseca, julgado em 01 de setembro de 2010).

A competência legislativa municipal, como se sabe, é questão constitucional e está disciplinada no art. 30 da Lei Maior. Dispõe o inciso VIII do referido dispositivo constitucional que compete aos municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Portanto, a inconstitucionalidade também decorre da violação ao art. 30, VIII, da Constituição Federal, pois os dispositivos legais impugnados, ao exigirem a destinação de áreas dominiais em projetos de parcelamento do solo, extrapolam os limites da competência municipal traçados pela Lei Maior.

Por fim, o ato impugnado viola também o princípio da razoabilidade previsto no art. 111 da Constituição Estadual.

A razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., vedando imposições e discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas.

Acesso ao Sumário

> Não parece razoável em projetos de loteamento, exigir, além das áreas públicas previstas e discriminadas na Lei nº 6.766/79, destinação de áreas a integrar o patrimônio dominial do município. Tal imposição além de excessiva e não razoável ou proporcional não está informada pelo interesse público haja vista não ter qualquer vínculo com o ordenamento urbanístico e o bem estar da população atingida pelo empreendimento imobiliário. Neste aspecto parece também sacrificar o princípio da moralidade que se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa-fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário) – ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos" (v. fls. 134/141).

No mesmo sentido, além daquele já invocado pela Procuradoria de Justiça, outro precedente deste Colendo Órgão Especial também assentou a inconstitucionalidade de atos normativos de semelhante abrangência à daqueles impugnados nestes autos, valendo transcrever aqui sua ementa:

> "Incidente de Inconstitucionalidade – Terceira Câmara de Direito Público – Dispositivo de Lei Municipal que faz exigência para a aprovação do loteamento, seja efetuada a doação de 2% dos lotes, por parte do loteador, que será destinada à habitação social (Art. 29 da Lei Municipal de Jacareí nº 3.033/91) – Julgaram procedente o incidente de inconstitucionalidade" (v. Arguição de Inconstitucionalidade nº 9301762-44.2008.8.26.0000, relator Desembargador VIANA SANTOS, j. 10/09/2008).

Em suma, restou mesmo evidenciada a alardeada inconstitucionalidade dos dispositivos legais municipais objeto da demanda em causa, por violação aos artigos 1º, 5º, 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Tem lugar, no entanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo questionado, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Acesso ao Sumário

A propósito, anotam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, precisamente, que:

> "... a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão, prevista no artigo 27 da Lei Federal n° 9.868/99, qualifica-se como exceção ao princípio da nulidade da lei inconstitucional – segundo o qual a exclusão do ato normativo contrário à Constituição do cenário jurídico deve retroagir até a data de sua entrada em vigor –, e, em razão disso, demanda, para sua correta aplicação, além da observância dos pressupostos legalmente exigidos (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), um juízo de ponderação, à luz do postulado da proporcionalidade, '*entre os interesses afetados pela lei*

inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade'" (v. "Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27).

No caso vertente, a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da legislação objurgada nos autos, a partir do início de sua vigência, há quase oito anos, acabaria por atingir a esfera jurídica de terceiros adquirentes dos lotes doados e posteriormente alienados pelo Município de Santa Fé do Sul, em dezenas de procedimentos licitatórios, em negócios que remontaram, desde o ano de 2007, em mais de dois milhões de reais; além disso, como bem argumenta o Prefeito local, em suas informações complementares, "há os desdobramentos das referidas alienações públicas, como venda e compra entre particulares; a construção de imóveis (casas e edifícios); a concessão de alvarás para construção pela Municipalidade, entre outros" (v. fl. 219); deve-se, então, reconhecer a presença de razões de segurança jurídica na espécie, de molde a recomendar que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade ora pronunciada dê-se apenas a partir da concessão da medida liminar nestes autos, ficando preservada a validade dos atos administrativos anteriormente praticados com esteio naquela legislação.

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 43, inciso IV, e § 1º, inciso II, e § 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 111, de 25 de julho de 2006, do Município de Santa Fé do Sul, com a modulação dos efeitos dessa declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0110717-31.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IACANGA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE IACANGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, REVOGADA A LIMINAR DE FORMA PARCIAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº OE-00239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RUY COPPOLA, EROS PICELI, ELLIOT

Acesso ao Sumário

AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei do Município de Iacanga nº 1.360/2013, a qual dispõe sobre a proibição da prática de nepotismo no âmbito do Poder Legislativo e Poder Executivo do Município de Iacanga e dá outras providências – Alegado vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes – Não ocorrência – Matéria de competência concorrente – Inaplicabilidade dos dispositivos aos Secretários Municipais – Cargos políticos – Estagiários admitidos por processo seletivo, a afastar eventual ato nepótico – Ofensa ao princípio da razoabilidade – Interpretação conforme a Constituição aos dispositivos que versam sobre servidores efetivos – Inteligência do art. 111, da Constituição Estadual – Arts. 5º e 6º da Lei que tratam de matéria inserta no rol de competências do legislador federal – Ação julgada parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo **Prefeito do Município de Iacanga**, **SP**, cujo objeto é a impugnação da Lei Municipal nº 1.360, de 16 de maio de 2013, a qual "*[d]ispõe sobre a proibição da prática de nepotismo no âmbito do Poder Legislativo e Poder Executivo do Município de Iacanga e dá outras providências*". Pediu a liminar, para suspensão da eficácia da Lei ou, ao menos, dos incisos II, III, IV e parágrafos 1º e 2º do art. 2º do Diploma.

Aponta tratar-se de iniciativa parlamentar, a invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, daí a inconstitucionalidade, pelo vício de iniciativa. Indica, ainda, violação ao princípio da separação dos poderes, por inserir-se na órbita de competência do Chefe do Poder Executivo leis que disponham sobre servidores e seu regime jurídico, tudo a infringir as disposições contidas nos

Acesso ao Sumário

artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, 47, V, VI, VII, XI, XIV da Constituição Estadual e 2º, da Constituição Federal.

Não obstante, afirma, a Súmula Vinculante nº 13 veda a contratação de parentes de autoridades e de funcionários para cargos de confiança, de comissão e de função gratificada no serviço público, desde que existente relação de subordinação entre a autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica e a pessoa a ser contratada. Alega ter a lei municipal andado na contramão da interpretação dada pelo STF à questão do nepotismo, porquanto aplica de forma indistinta a vedação de contratação, sem considerar a relação hierárquica entre as partes, fato a afrontar os princípios da igualdade, razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência do serviço público.

Indica, ainda, não ser possível a extensão da proibição aos cargos políticos, como os de Secretário Municipal, os quais não se inseririam no rol dos cargos administrativos, aos quais se destina a vedação ao nepotismo.

Também entende equivocada a norma ao incluir a contratação de estagiários nas regras fixadas, pois há no Município lei a prever a necessidade de processo seletivo para tanto, razão pela qual não haveria espaço para qualquer tipo de favorecimento nesse tipo de contratação e afirma ofensa aos princípios da legalidade e isonomia, previstos nos arts. 4º e 111 da Carta Estadual.

De igual modo, também pondera inconstitucional a inclusão dos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, admitidos por concurso público nos ditames da lei combatida (fls. 2/29).

Distribuídos os autos ao eminente **DES. GRAVA BRAZIL**, restou deferida de forma parcial a liminar, apenas para suspender a aplicação do art. 2º, II, da Lei nº 1.360/2013, referente a contratação do secretariado municipal (fls. 42/43).

A Câmara Municipal de Iacanga prestou seus informes e pugnou pela improcedência da ação (fls. 50/64).

No julgamento do agravo regimental (AR nº 0110717-31.2013.8.26.0000/50000, j. 24.07.13) interposto pelo Prefeito Municipal, foram os efeitos da liminar estendidos para alcançar servidora já ocupante de cargo comissionado quando sua genitora elegeu-se vereadora e, na sequência, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo agravante (ED nº 0110717-31.2013.8.26.0000/50001, j. 11.09.13, foi o alcance da liminar novamente ampliado para abarcar o art. 2º, I e §§ 1º e 2º, da Lei nº 1.360/13 (fls. 94/99, 125/128).

A Douta Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar, por não vislumbrar interesse no feito (fls. 110/111).

O Presidente da Câmara Municipal de Iacanga também opôs embargos de declaração (ED nº 0110717-31.2013.8.26.0000, j. 13.11.13), os quais foram

Acesso ao Sumário

rejeitados. Na sequência, interpôs recurso extraordinário, a pleitear a cassação da liminar e imediata aplicação da Lei Municipal nº 1.360/2013 (fls. 167/184).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pela parcial procedência da ação, por entender inconstitucional apenas os arts. 5º e 6º, bem como para dar-se interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, VI, da Lei nº 1.360/2013. Quanto ao recurso extraordinário, pleiteou fosse negado seguimento (fls. 195/221, 223/234).

Sobreveio decisão do e. Desembargador Presidente desta E. Corte, a negar seguimento ao recurso extraordinário, conforme Súmula 735, do STF (fls. 238/239).

Cessada a investidura do ilustre **DES. GRAVA BRAZIL** neste C. Órgão Especial, foram os autos redistribuídos a esta relatoria (fls. 270/274).

É o relatório.

A princípio, registre-se, possível a análise da lei impugnada sob a ótica de outros dispositivos constitucionais não aventados na exordial, pois as ações diretas de inconstitucionalidade qualificam-se pela *causa petendi* aberta, instituto que "*permite examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente*." (ADI 1749-DF, rel. **MIN. OCTAVIO GALOTTI** – rel. p/ acórdão **MIN. NELSON JOBIM**, j. 25.11.99). Há, inclusive, precedentes deste C. Órgão Especial nesse sentido, cfe. ADI nº 994.09.224712-9, rel. DES. **A. C. MATHIAS COLTRO**, j. 16.06.10 e ADI nº 0155924-87.2012.8.26.0000, VOE00056, desta relatoria, j. 23.01.13.

Expressa a norma ora guerreada:

"Art. 1º. – É vedada a prática de nepotismo, inclusive o nepotismo cruzado, no âmbito de todos os órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Município de Iacanga, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º. – Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores;

II – o exercício do cargo de secretário municipal por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores;

III – o exercício de cargos de provimento em comissão, ou de funções de gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro

Acesso ao Sumário

grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores;

V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores;

VI – A contratação de estagiários por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores, incluindo-se a contratação de estagiários com exclusiva finalidade curricular;

§ 1º. – Ficam incluídos nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, admitidos por concurso público.

§ 2º. – Os servidores que se enquadrarem no § 1º do inciso VI do artigo 2º., deverão retornar imediatamente ao quadro de origem para aos quais foram admitidos em concurso público.

Art. 3º. – São vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus sócios servidores investidos em cargos de direção, chefia e/ou assessoramento, ou que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores.

§ 1º. – Aplica-se a mesma vedação de que trata o caput às empresas que tenham entre seus sócios cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral, por afinidade e por adoção, até o terceiro grau, inclusive do Prefeito, Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores;

Art. 4º. – O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma desta lei.

Acesso ao Sumário

§ 1º. – O organograma abaixo tem como escopo o cargo de Prefeito, no entanto, a mecânica do mesmo se aplica para Vice-Prefeito, Agentes Políticos, Secretariados, Presidente da Câmara Municipal e Vereadores.

(...)

Art. 5º. – São nulos os atos de nomeação ou designação praticados em desacordo com o disposto nesta Lei, importando a sua desobediência em ato de improbidade administrativa, nos termos do § 4º. do artigo 37 da Constituição Federal e Decreto-Lei nº. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Art. 6º. – Constatada a nomeação ou designação de parentes em situação de fraude ao disposto nesta Lei, ou com desvio de finalidade, por meio da utilização de cargos subordinados a outros agentes públicos de nível equivalente ao que determina a vedação, será imediatamente declarada a sua nulidade por ato da autoridade competente, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis, configurando crime de responsabilidade o descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 7º. – O Presidente da Câmara e o Prefeito Municipal, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação desta Lei, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas nesta Lei.

Art. 8º. – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

No tocante a alegação de vício de iniciativa e consequente ofensa ao princípio da separação dos poderes, dispõe o art. 24, da Constituição Estadual, 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 na própria Carta.

Vai além e elenca os casos de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo e dentre elas não se encontra a exclusividade de iniciativa de leis a dispor sobre condições para provimento de cargos públicos. Igual comando também não encontra guarida na Constituição Federal.

Há, sim, reserva à iniciativa de lei ao Poder Executivo quanto a criação e extinção de cargos, tema diverso do ora analisado. Assim, a imposição de restrições ao provimento de cargos não se subsume ao rol de competência privativa do Executivo.

Conclui-se, há competência legislativa concorrente, razão pela qual são ambos os Poderes, Legislativo e Executivo, legítimos para iniciar o processo de formação de leis nessa seara.

Acesso ao Sumário

Desta forma, não padece a Lei nº 1.360/2013 de vício de iniciativa, tampouco viola o princípio da tripartição de Poderes.

Em igual sentido os vv. arestos deste Órgão Especial, nas ADI nº 0196970-22.2013.8.26.0000, vOE00208, desta relatoria, j. 05.02.14, ADI nº 0301346-30.2011.8.26.0000, rel. **DES. DE SANTI RIBEIRO**, j. 30.05.12 e ADI nº 0131438-38.2012.8.26.0000, rel. **DES. CASTILHO BARBOSA**, j. 27.02.13, esta com ementa a seguir transcrita:

> "*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Emenda nº 79/12, que acrescentou, à Lei Orgânica Municipal, o artigo 107-A, que estabelece vedações à nomeação de servidores para o exercício de funções comissionadas no âmbito da Administração Pública Municipal – Vício de inconstitucionalidade formal – Invasão à esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo – Inocorrência – Estabelecimento de critérios para o acesso aos cargos públicos que não se enquadra em atividade privativa do Chefe do Executivo – Inexistência de ofensa a Constituição Bandeirante – Precedentes do Colendo Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal – Ação julgada improcedente.*"

Superada a análise da lei por este aspecto, passa-se a estudá-la sob a ótica das inconstitucionalidades materiais apontadas pelo autor na exordial.

Despicienda se faz a existência de relação hierárquica ou vínculo de subordinação funcional entre a autoridade nomeante e a pessoa contratada, como indicado, pois não há comando a espelhar semelhante requisito na Constituição Estadual ou Federal, tampouco se alcança conclusão dessa estirpe da leitura da Súmula Vinculante nº 13, assim redigida:

> **"A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."**

Nesse sentido também já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal, com a seguinte passagem:

> "*Nessa ordem de ideias, é irrelevante que não haja subordinação hierárquica entre os comissionados e que nenhum deles exerça cargo de chefia ou de direção, tendo em vista a amplitude do alcance da Súmula Vinculante em questão, que também abrange os casos de cargos comissionados com funções de assessoramento.*" (MS 30460 MC/ES, rel. **MIN. LUIZ FUX**, j. 29.03.11)

Há de se verificar o caso concreto, a fim de se perquirir os liames da

Acesso ao Sumário

contratação, para então se concluir pela existência de vício caracterizador do nepotismo. Não pode a lei, assim, abrigar critério a excluir de forma automática o vício, pela simples ausência de subordinação entre os envolvidos.

Noutra seara, a afirmação de que os Secretários Municipais não são englobados pela exegese da Súmula Vinculante nº 13, merece prosperar.

De fato, o secretariado municipal insere-se no rol dos cargos políticos, conforme entendimento extraído do art. 47, II, da Constituição Estadual, assim redigido:

> **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;**

Pela leitura do dispositivo, alcança-se a conclusão de que os Secretários, como agentes políticos, integram a própria estrutura de organização do Município e auxiliam diretamente o Prefeito nessa tarefa. Assim, o vínculo estabelecido é de cunho eminentemente político, não administrativo, razão pela qual não são os Secretários Municipais abrangidos, de forma direta, pelas disposições da Súmula Vinculante nº 13.

Destarte, ao contrário do afirmado pela Douta Procuradoria, há eiva de inconstitucionalidade a macular o art. 2º, II, da Lei nº 1.360/13, pois não infringidos os princípios da Administração Pública, conforme, inclusive, já decidiu este E. Tribunal, no julgamento da ADI nº 0228993-60.2009.8.26.0000, rel. **DES. JOSÉ ROBERTO BEDRAN**, j. 03.02.11, com ementa assim redigida:

> "*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 2.877/09, do Município de Chavantes. Proibição ao nepotismo. Súmula Vinculante nº 13, do STF, de observação obrigatória no âmbito dos três poderes, e em todas as esferas administrativas, a ser seguida por todos os órgãos públicos, mas restrita ao provimento de cargos e funções exercidos em comissão e de confiança, não assim aos cargos políticos. Matéria penal de competência legislativa privativa da União. Ação procedente, em parte.*"

E continua, com o seguinte excerto:

> "*3. Mas, do que se extrai do enunciado da Súmula, de sua abrangência foram excluídas as nomeações para cargos de caráter político, exercidos pelos agentes políticos, como o são os ministros, os secretários estaduais e os municipais, nunca proibidas pelo verbete.*
>
> *Isso porque, acerca da questão, subordinada ao disposto no art. 37,* caput *e inciso V, da CF, foi bastante específico o pronunciamento do Pleno do Colendo STF, no julgamento do RE 579.951/RN (DJE de 12.09.2008), um dos precedentes para a edição da Súmula Vinculante nº 13, em que se concluiu que a nomeação de parentes para cargos políticos não implica*

Acesso ao Sumário

ofensa aos princípios que regem a Administração Pública.

Também no Agravo Regimental na Reclamação nº 6.650-9/PR, assim ficou decidido pela Corte Suprema:

'*Agravo Regimental em Medida Cautelar em Reclamação. Nomeação de irmão de Governador de Estado. Cargo de Secretário de Estado. Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13. Inaplicabilidade ao Caso. Cargo de Natureza Política. Agente Político. Entendimento Firmado no Julgamento do Recurso Extraordinário 579.951/RN. Ocorrência de Fumaça do Bom Direito.*'**.**

Assim, por simetria, inaplicável o disposto na Súmula Vinculante nº 13 à nomeação para o cargo político de Secretário Municipal, pois não geraria incompatibilidade com o seu relativo, Prefeito Municipal, agente político eleito, em face dos efeitos gerados pelo verbete.

Observe-se que os cargos políticos não estão elencados nas hipóteses do art. 37, V, da CF, o qual, ao se referir a '*cargo em comissão*' *e* '*função de confiança*'*, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não os de natureza política.*

Bastante elucidativo, a propósito, o voto do Min. CARLOS AYRES BRITTO, proferido no julgamento do RE 579.951/RN, no sentido de que '*... os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC n° 12, porque o próprio capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, os de secretário municipal, são agentes de poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior, os secretários municipais, que correspondem a secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e ministros de Estado, no âmbito federal*'*.*

Mais não é necessário dizer, para se ter por inconstitucional a extensão dos efeitos da Súmula Vinculante nº 13, do STF, para a nomeação de Secretários Municipais."

Esse também o entendimento esposado pela recente jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, já firmado, não obstante, quando da edição do enunciado sumular, conforme Rcl 15950/RS, rel. **MIN. TEORI ZAVASCKI**, j. 04.02.14:

"*Tem razão o reclamante. Não se desconhece haver decisões monocráticas que consideram incidente a proibição constante da Súmula Vinculante 13 também na hipótese de parentesco em cargos de natureza política (Rcl 9.098-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 20/11/2009; e Rcl 12.478, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 08/11/2011),* ***mas o pronunciamento colegiado a respeito do tema revela que o entendimento predominante na Corte é no sentido de que a nomeação de parentes como agentes políticos não desrespeita o***

Acesso ao Sumário

conteúdo normativo do enunciado:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. (...) 6. Agravo regimental improvido. (Rcl 6.650-MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 21/11/2008, Ementário 2342-2). (...)" (grifos nossos)

O art. 2º, VI, da Lei nº 1.360/13, ao tratar da contratação de estagiários, também conferiu interpretação não condizente à eleita pela Constituição e pela Súmula Vinculante, pois afronta o princípio da razoabilidade, vez que os estagiários são admitidos pela via única do processo seletivo, conforme expressa disposição da Lei Complementar do Município de Iacanga nº 05/2005, de forma a restarem prestigiados os princípios da moralidade e impessoalidade, sem espaço, portanto, para eventual contratação nepótica.

Deve o comando legal, portanto, ser extirpado do Diploma impugnado, com a declaração de inconstitucionalidade.

Noutro giro, não se afigura inconstitucional a norma quanto a nomeação de titulares de cargos efetivos aos cargos em comissão ou função.

O preenchimento do cargo comissionado ou da função deve seguir a via estreita da moralidade, impessoalidade e eficiência, razão pela qual pertinente o diploma ora impugnado ao afastar do ato de nomeação eventual interferência de ordem familiar a macular a lisura exigida na conduta administrativa.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido o posicionamento do E. STF, exarado no julgamento da Reclamação nº 16924/DF, rel. **MIN. LUIZ FUX**, j. 10.02.14:

"*RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO. INDICAÇÃO PARA EXERCER CARGO EM COMISSÃO. RELAÇÃO DE PARENTESCO COM SERVIDOR NÃO EFETIVO DO MESMO ÓRGÃO. NEPOTISMO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13. INEXISTÊNCIA. SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.*

É cediço que os cargos comissionados são de livre nomeação e exoneração, conforme estabelece a Constituição Federal. Entretanto, o ato de impedir um servidor efetivo de tomar posse em cargo comissionado sob a alegação de nepotismo exige análise acurada da situação, ante a

gravidade e as consequências advindas desse ato.

Registre-se, também, que o dever de combate ao nepotismo consubstancia-se hoje em política permanente de toda a administração pública, fundada nos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, inaugurada pela Resolução CNJ nº 7 e consolidada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF.

No caso em apreço, impõe-se reconhecer a existência de nepotismo, a teor do artigo 2º, inciso III, da Resolução CNJ nº 7:

'*Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:*

(...)

III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento.'

Recorde-se, também, do teor da Súmula Vinculante n. 13 do STF:

'*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*'

Note-se que o ato administrativo em discussão versa sobre nomeação do servidor. É este, portanto, o momento da caracterização do nepotismo.

No caso em tela, tanto o requerente quanto o Tribunal requerido apresentam os mesmos fatos, divergindo quanto à conclusão, sendo inegável, portanto, o exercício de cargo exclusivamente comissionado por parente em terceiro grau do requerente no âmbito daquele Tribunal."

Deve-se, no entanto, dar interpretação conforme a Constituição Estadual, especificamente quanto ao disposto em seu art. 111, aos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei Municipal nº 1.360/13, pois necessária a avaliação do caso concreto, a fim de se buscar os elementos que conduziram o processo de nomeação do servidor efetivo ao cargo comissionado, se em conformidade com os princípios ali elencados, para conclusão acerca de eventual ocorrência de nepotismo.

Certo, ademais, já ter este C. Órgão Especial decidido pela possibilidade de interpretação conforme a Constituição Estadual no v. Aresto da ADI nº 119.774-0/4-00, rel. **DES. PAULO FRANCO**, j. 11.01.06.

No mais, há patente inconstitucionalidade nos arts. 5º e 6º da Lei, na medida em que versam sobre matéria afeta ao Direito Civil e Criminal, insertas no rol de competência do legislador federal, conforme art. 22, I da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal.

Caracteriza-se, assim, a afronta ao princípio do pacto federativo, previsto no art. 1º, da Constituição Estadual, porquanto se imiscuiu o Município em âmbito legislativo que não lhe competia.

Também no mesmo sentir o v. acórdão na ADI nº 0228993-60.2009.8.26.0000, acima mencionado:

> "*No que diz respeito a aventada inconstitucionalidade material do diploma impugnado, ao prever a responsabilidade criminal daquele que, visando a contornar a proibição legal, fizer declaração falsa (parágrafo único do art. 3º), bem como a responsabilidade criminal do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal que não demitir, em 30 dias, servidor contratado antes da vigência da norma (art. 4º, § 1º), constata-se, de fato, inadmissível excesso, com incursão do Legislativo Municipal local na esfera de competência legislativa privativa da União, assim definida no art. 22, inciso I, da CF.*
>
> *Aliás, além de inconstitucional, era até mesmo inócua e desnecessária tal previsão, já que a declaração falsa e a inércia do Chefe do Executivo ou do Presidente da Câmara, já estão penalmente tipificadas na legislação federal.*"

Ante o exposto, o caso é de parcial procedência da ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 1.360/2013, do Município de Iacanga, SP, para declarar inconstitucionais os incisos II e VI, do art. 2º e arts. 5º e 6º, e dar interpretação conforme o art. 111, da Constituição Estadual aos §§ 1º e 2º do art. 2º, mantidos os demais dispositivos, cassada a liminar, de forma parcial, na parte de confronto com o ora decidido.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0100335-76.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

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. ROBERTO MAC CRACKEN. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17063)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

NALINI (Presidente), MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA, julgando a ação improcedente; EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), SAMUEL JÚNIOR, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, EROS PICELI e ANTONIO LUIZ PIRES NETO, julgando a ação procedente.

São Paulo, 2 de abril de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Prefeito do Município de Jundiaí/SP, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.008, de 16 de abril de 2013, que determina "em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento" - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - Inocorrência de vício formal de iniciativa que implique violação ao princípio da separação dos poderes - AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DE DESPESAS PARA O ERÁRIO MUNICIPAL - A exigência prevista na norma em exame dirige-se às Instituições Financeiras, e não ao Poder Público local. São aquelas, e não este, que terão despesas - mínimas, é viável afirmar de passagem - com o cumprimento de tal providência imposta pela lei.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Douto e Nobre Prefeito do Município de Jundiaí/SP, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.008, de 16 de abril de 2013, que determina "em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento" (fls. 20).

Segundo defende o Nobre Prefeito do Município de Jundiaí/SP, em síntese,

Acesso ao Sumário

a norma impugnada: apresenta vício formal de iniciativa, viola o princípio da separação de poderes, bem como desrespeita o art. 25, da Constituição do Estado de São Paulo.

Às fls. 23, o Nobre e Culto Desembargador Castilho Barbosa indeferiu a liminar pleiteada e determinou o processamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

A Ilustre Presidência da Câmara Municipal de Jundiaí/SP prestou informações às fls. 42/45.

A Nobre Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou de promover a defesa da lei, sob a alegação de que a norma trata de matéria exclusivamente local (fls. 111/112).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 115/124) pugnou pelo desprovimento da presente demanda.

Do essencial, é o relatório.

Em breve síntese, o Ilustre Sr. Prefeito do Município de Jundiaí, Estado de São Paulo, pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.008, de 22 de abril de 2013, editada pelo Poder Legislativo Municipal, que "**exige, em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento**", nos seguintes termos:

> "**Art. 1º. Em toda agência bancária haverá, no mínimo, 1 (um) agente de segurança nas áreas de autoatendimento localizadas no interior da agência, durante todo o período em que esta estiver disponível aos clientes e usuários, inclusive no período noturno e nos finais de semana.**
>
> **Art. 2º. O descumprimento desta lei implica em multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).**
>
> **Parágrafo único. O valor da multa será atualizado, anualmente, em 1º de janeiro, pela variação positiva do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro que o venha substituir.**
>
> **Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.**"

Acesso ao Sumário

Com a devida vênia, a lei impugnada não apresenta nenhum vício.

De plano, não prospera o argumento de que a matéria tratada na Lei Municipal nº 8.008/2013 seria reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal, em frontal violação ao princípio da separação dos Poderes.

Com efeito, conforme escólio do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles: "**Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias,**

órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais." (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 732/733)

In casu, no entanto, a lei munícipe cuidou de matéria de interesse geral da população municipal, sem nenhuma relação com matéria estritamente administrativa, afeta exclusivamente ao Poder Executivo, razão pela qual foi legítima a iniciativa do Poder Legislativo Municipal no trâmite da norma impugnada.

Nessa senda, corretamente ponderou o Nobre Representante do Ministério Público:

> "**Deve-se ressaltar, inicialmente, que 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.**
>
> **A matéria sujeita à iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, por ser direito estrito, deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido é o entendimento pacífico do Colendo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 61, § 1º, da Constituição da República, como se infere dos precedentes a seguir:**
>
> '**As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008.)**
>
> **(...)**
>
> **iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e 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. (...) (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-5-1992, Plenário, DJ de 27-4-2001).' (g.n.)**
>
> **No mesmo sentido os seguintes julgados: ADI 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-10-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006; RE 328.896, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-10-2009, DJE de 5-11-2009; ADI 2.392-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-2001, Plenário, DJ de 1º-8-2003; ADI 2.474, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 25-4-2003; ADI 2.638, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 9-6-2006.**

Acesso ao Sumário

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: (a) criação e extinção de cargos e funções na administração direta ou indireta autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; (b) criação de órgãos públicos; (c) organização da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública; (d) servidores públicos e seu regime jurídico; (e) regime jurídico dos servidores militares; (e) criação, alteração e supressão de cartórios.

Isso decorre do art. 24, § 2º, ns. 1, 2, 3, 4, 5, 6, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da própria Carta Estadual (configurando reprodução das diretrizes contidas no art. 61, § 1º, da Constituição da República).

A leitura da lei impugnada permite ver claramente que ela não trata de nenhum desses assuntos.

Não há, no caso, qualquer vestígio nem mesmo tênue de desrespeito ao princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 5º da Constituição do Estado (que reproduz o art. 2º da Constituição da República).

Seria possível afirmar a ocorrência de quebra da separação de poderes, caso a lei interferisse diretamente na gestão administrativa.

Há interferência direta do legislador na atividade do administrador, como tem reiteradamente reconhecido esse Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em casos de leis de iniciativa parlamentar que, por exemplo: (a) criam programas de governo a serem seguidos pelo Poder Executivo; (b) impõem ou vedam a prática de atos administrativos (contratos, permissões, concessões, autorizações, etc.); (c) concedem nomes a prédios públicos, praças ou vias públicas; (d) impõem a inserção de informações em comunicados enviados aos munícipes relativos ao lançamento de impostos; (e) criam sistemas de controle orçamentário, com imposição de envio periódico de informações do Executivo ao Legislativo, sem que haja correspondência com o modelo previsto na Constituição da República e aplicável por força do princípio constitucional da simetria; entre outros.

Em síntese: só é possível identificar a ocorrência da quebra do princípio da separação de poderes quando da lei resulta interferência direta por parte do legislador na atividade do administrador.

Não é isso o que se verifica no caso em exame." (fls. 118/120 – destaque adicionado)

Além disso, também não há que se falar em violação à competência legislativa privativa da União, conforme já pacificado por este Colendo Órgão Especial que, em casos análogos onde se discutiu a constitucionalidade de

Acesso ao Sumário

normas que estabeleceram instrumentos para melhor garantir a segurança dos consumidores dentro de agências bancárias, já decidiu pela constitucionalidade:

> "**Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 4.682, de 26 de agosto de 2011 do Município de Mogi Guaçu. Possibilidade do Município de legislar sobre instalações de painel opaco entre os caixas e os clientes e câmeras de vídeo no entorno dos estabelecimentos bancários do Município. Constitucionalidade reconhecida. Não ocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei por Vereador. Norma editada que não estabelece medidas relacionadas à organização da administração pública, nem cria deveres diversos daqueles genéricos ou mesmo despesas extraordinárias. Imposição de sanções em caso de descumprimento pelos estabelecimentos bancários que decorrem de descumprimento de norma de conduta. Irrelevância. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. O Município pode legislar sobre instalações de painel opaco entre os caixas e os clientes e câmeras de segurança no entorno dos estabelecimentos bancários, em favor dos usuários dos serviços, para lhes proporcionar segurança, na esteira, aliás, de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal. A iniciativa do projeto de lei por Vereador em matéria dessa natureza não interfere na organização da Administração, mostrando-se irrelevante que o Executivo, na hipótese, tenha dever de fiscalizar ou impor, em sendo o caso, as sanções correspondentes às infrações. Ao Legislativo cabe editar normas abstratas, gerais e obrigatórias, ainda que voltadas apenas aos bancos e ao Executivo cabe a responsabilidade de executá-las, inclusive com fiscalização e imposição de penas.**" **(ADIN 0276050-06.2011.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julgamento em 13-06-2012 – destaque adicionado)**

> "**Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 4.384/2009. Ato normativo de iniciativa de vereador, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento reservado, bem como vídeo de monitoramento nas agências bancárias no âmbito do Município e dá outras providências – Ausência de vício de iniciativa – Legalidade por se tratar de matéria ligada à segurança pública – Matéria de iniciativa não reservada ao Chefe do Poder Executivo – Inexistência de ilegalidade do Município na exigência de funcionamento de estabelecimentos bancários condicionado à instalação de equipamentos de segurança – Competência legislativa concomitante do Município – Matéria de interesse local – Efetiva legitimidade do Município para legislar sobre o tema – Finalidade de proporcionar proteção ao consumidor – Ação julgada improcedente.**" **(ADIN 0318796-20.2010.8.26.0000, julgamento em 29-02-2012 – destaque adicionado)**

Na mesma senda, já se pronunciou o Excelso Supremo Tribunal Federal:

Acesso ao Sumário

"**(...) Os Municípios e o Distrito Federal podem editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhes é inerente (CF, art. 30, I, e 32, § 1º), 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.**" **(AC 767 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2005 – destaque adicionado)**

"**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGÊNCIAS BANCÁRIAS. TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO. ART. 30, I, CB/88. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ARTS. 192 E 48, XIII, DA CB/88. 1. O Município, ao legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas em seu território, exerce competência a ele atribuída pelo artigo 30, I, da CB/88. 2. A matéria não diz respeito ao funcionamento do Sistema Financeiro Nacional [arts. 192 e 48, XIII, da CB/88]. 3. Matéria de interesse local. Agravo regimental improvido.**" **(RE 427463 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006 – destaque adicionado)**

"**Ambas as Turmas desta Corte firmaram o entendimento de que os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários. Nesse sentido: AC 1.124- MC, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 04.08.2006; AI 491.420-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 24.03.2006; AI 709.974-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 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.**" **(RE nº 610.221, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, J. 29.04.2010 – destaque adicionado)**

Por fim, com o devido respeito, não há violação ao art. 25 da Constituição Bandeirante, pois a exigência prevista na norma em exame dirige-se às Instituições Financeiras, e não ao Poder Público local. São aquelas, e não este, que terão despesas - mínimas, é viável afirmar de passagem - com o cumprimento de tal providência imposta pela lei.

Acesso ao Sumário

E, de registro, que a fiscalização do cumprimento da lei impugnada decorre do próprio poder de polícia municipal, não acarretando despesas extras ao erário local.

Nesse sentido, já se manifestou este Colendo Órgão Especial, em voto da lavra do Nobre e Culto Des. Guerrieri Rezende: "**Ação direta objetivando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal nº 4.471/2011. O ato normativo dispõe sobre a execução dos serviços de limpeza exterior nas fachadas e vidraças de edifícios no Município de Suzano. 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. A lei não fere o princípio constitucional da separação de poderes porque é de iniciativa comum ou concorrente. Ação improcedente, cassada a liminar.**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, J. 22.08.2012 – destaque adicionado).

Nesse sentido, bem pontuou o Ilustre Representante do Ministério Público:

> "**A Lei Municipal nº 8.008, de 22 de abril de 2013, 'exige, em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento'.**
>
> **A obrigação é do respectivo estabelecimento bancário.**
>
> **Não decorre da lei qualquer imposição de atuação administrativa que não seja aquela decorrente de seu ordinário poder de polícia.**
>
> **A lei impugnada não coacta a atuação administrativa, ao contrário, disciplina aspecto relativo para melhoria e segurança e atendimento aos usuários.**
>
> **A medida imposta pela lei atende ao interesse público, pois se trata de medida de prevenção e auxílio à segurança de seus usuários.**
>
> **Trata-se de iniciativa exercida dentro do escopo de tutelar os interesses dos munícipes." (fls. 120/121 - destaque adicionado)**

Em suma, com a devida vênia, a Lei nº 8.008/2013, que "**exige, em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento**", não apresenta nenhum vício de inconstitucionalidade, porquanto - como acima fundamentado - a norma trata de matéria de competência legislativa municipal não privativa do Poder Executivo local e, além disso, não importa em criação de despesas ao erário.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 18.771)

Pelo meu voto, não prospera a pretensão deduzida na petição inicial.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada em face da Lei Municipal nº 8.008, de 22 de abril de 2013, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores, após a rejeição do veto integral do chefe do Poder Executivo, que impõe a presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento das agências bancárias, no âmbito do Município de Jundiaí.

Dispõe referido ato normativo, *in verbis*:

> "Art. 1º. Em toda agência bancária haverá, no mínimo, 1 (um) agente de segurança nas áreas de autoatendimento localizadas no interior da agência, durante todo o período em que esta estiver disponível aos clientes e usuários, inclusive no período noturno e nos finais de semana.
>
> Art. 2º. O descumprimento desta lei implica multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).
>
> Parágrafo único. O valor da multa será atualizado, anualmente, em 1º de janeiro, pela variação positiva do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro que o venha substituir.
>
> Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

O próprio autor admite que a lei em comento tão somente cuidou de regular matéria de interesse predominantemente local, atinente à proteção da segurança de usuários de estabelecimentos bancários, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelo art. 30, inciso I, da Constituição Federal[1].

E, realmente, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal 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).

Não obstante, não colhe o argumento de que a matéria tratada na legislação aqui impugnada estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, cuja desconsideração teria implicado em violação ao princípio da independência dos Poderes e, por conseguinte, aos artigos 5º e 47,

Acesso ao Sumário

1 "Art. 30. Compete aos Municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local".

incisos II, XI e XIV, da Constituição Estadual[2].

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

> "Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

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[3]; em

2 "Art. 5º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 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;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;".

3 "Art. 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

nenhuma daquelas hipóteses, 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.

Na verdade, da lei impugnada não decorre qualquer obrigação ao Município de Jundiaí, exceto aquela relativa ao exercício do poder de polícia, que lhe é ínsito; não se trata, portanto, à evidência, de matéria sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, situando-se na iniciativa comum ou concorrente.

Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos, ante a necessidade de utilização de recursos materiais e humanos, destinados ao exercício do poder fiscalizatório, 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[4].

Ora, a perene fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração municipal, que dela não pode furtar-se; assim, não merece acolhida o argumento de que a imposição do dever de colocação de agentes de segurança nas áreas de autoatendimento, localizadas no interior das agências bancárias do Município de Jundiaí, implicaria no aumento de despesa do ente público local, criando novo encargo ao Poder Executivo; tal qual todos os demais estabelecimentos empresariais instalados, a prestação dos serviços bancários deve estar sob permanente fiscalização dos órgãos públicos locais responsáveis, aos quais incumbe verificar o pleno atendimento da legislação de regência, não se podendo então falar na instituição

(...)

Art. 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

XVII – enviar à Assembléia Legislativa projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito;

XVIII – enviar à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos;

(...)

Art. 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.

(...)

Art. 166 – Lei de iniciativa do Poder Executivo isentará do imposto as transmissões 'causa mortis' de imóvel de pequeno valor, utilizado como residência do beneficiário da herança.

Parágrafo único – A lei a que se refere o 'caput' deste artigo estabelecerá as bases do valor referido, de conformidade com os índices oficiais fixados pelo Governo Federal.

(...)

Art. 174 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:"

4 "Art. 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."

Acesso ao Sumário

de nova obrigação ao ente público local pela Lei nº 8.008/13; na verdade, como anotado precedentemente, a exigência contida na lei ora contestada dirige-se exclusivamente às agências bancárias, que deverão providenciar a disponibilização da segurança na forma ali prevista, voltando-se, portanto, apenas ao particular e não ao Município.

E, no tocante à obrigação de controlar o atendimento àquela legislação e eventualmente aplicar as penalidades nela previstas, já decidiu esta Corte Paulista 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).

Como se vê, a Lei nº 8.008/2013 do Município de Jundiaí não padece dos vícios aduzidos na exordial.

No particular, bem realçou a douta Procuradoria Geral de Justiça que:

> "Deve-se ressaltar, inicialmente, que 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.
>
> A matéria sujeita à iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, por ser **direito estrito**, deve ser **interpretada restritivamente**. Nesse sentido é o entendimento pacífico do Colendo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 61, § 1º, da Constituição da República, como se infere dos precedentes a seguir:
>
> 'As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008.)
>
> (...)
>
> iniciativa reservada, **por constituir matéria de direito estrito, não se presume e 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. (...) (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-5-1992, Plenário, DJ de 27-4-2001).' (g.n.)
>
> No mesmo sentido os seguintes julgados: ADI 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-10-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006; RE 328.896, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-10-2009, DJE de 5-11-2009; ADI 2.392-MC, Rel. Min.

Acesso ao Sumário

Moreira Alves, julgamento em 28-3-2001, Plenário, DJ de 1º-8-2003; ADI 2.474, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 25-4-2003; ADI 2.638, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 9-6-2006.

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**: (a) criação e extinção de cargos e funções na administração direta ou indireta autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; (b) criação de órgãos públicos; (c) organização da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública; (d) servidores públicos e seu regime jurídico; (e) regime jurídico dos servidores militares; (e) criação, alteração e supressão de cartórios.

Isso decorre do art. 24, § 2º, ns. 1, 2, 3, 4, 5, 6, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da própria Carta Estadual (configurando reprodução das diretrizes contidas no art. 61, § 1º, da Constituição da República).

A leitura da lei impugnada permite ver claramente que **ela não trata de nenhum desses assuntos**.

Não há, no caso, qualquer vestígio nem mesmo tênue de desrespeito ao princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 5º da Constituição do Estado (que reproduz o art. 2º da Constituição da República).

Seria possível afirmar a ocorrência de quebra da separação de poderes, caso a lei **interferisse diretamente na gestão administrativa**.

Há interferência **direta do legislador na atividade do administrador**, como tem reiteradamente reconhecido esse Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em casos de leis de iniciativa parlamentar que, por exemplo: (a) criam programas de governo a serem seguidos pelo Poder Executivo; (b) impõem ou vedam a prática de atos administrativos (contratos, permissões, concessões, autorizações, etc.); (c) concedem nomes a prédios públicos, praças ou vias públicas; (d) impõem a inserção de informações em comunicados enviados aos munícipes relativos ao lançamento de impostos; (e) criam sistemas de controle orçamentário, com imposição de envio periódico de informações do Executivo ao Legislativo, sem que haja correspondência com o modelo previsto na Constituição da República e aplicável por força do princípio constitucional da simetria; entre outros.

Em síntese: só é possível identificar a ocorrência da quebra do princípio da separação de poderes quando da lei resulta **interferência direta** por parte do legislador na atividade do administrador.

Não é isso o que se verifica no caso em exame.

A Lei Municipal nº 8.008, de 22 de abril de 2013, 'exige, em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento'.

Acesso ao Sumário

A obrigação é do respectivo estabelecimento bancário.

Não decorre da lei qualquer imposição de atuação administrativa que não seja aquela decorrente de seu ordinário poder de polícia.

A lei impugnada não coacta a atuação administrativa, ao contrário, disciplina aspecto relativo para melhoria e segurança e atendimento aos usuários.

A medida imposta pela lei atende ao interesse público, pois se trata de medida de prevenção e auxílio à segurança de seus usuários.

Trata-se de iniciativa exercida dentro do escopo de tutelar os interesses dos munícipes.

Aliás, a este respeito, inúmeros são os precedentes desse C. Órgão Especial acerca da constitucionalidade das referidas leis municipais. Basta conferir as seguintes ementas:

'Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 4.682, de 26 de agosto de 2011 do Município de Mogi Guaçu. Possibilidade do Município de legislar sobre instalações de painel opaco entre os caixas e os clientes e câmeras de vídeo no entorno dos estabelecimentos bancários do Município. Constitucionalidade reconhecida. Não ocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei por Vereador. Norma editada que não estabelece medidas relacionadas à organização da administração pública, nem cria deveres diversos daqueles genéricos ou mesmo despesas extraordinárias. Imposição de sanções em caso de descumprimento pelos estabelecimentos bancários que decorrem de descumprimento de norma de conduta. Irrelevância. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. O Município pode legislar sobre instalações de painel opaco entre os caixas e os clientes e câmeras de segurança no entorno dos estabelecimentos bancários, em favor dos usuários dos serviços, para lhes proporcionar segurança, na esteira, aliás, de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal. A iniciativa do projeto de lei por Vereador em matéria dessa natureza não interfere na organização da Administração, mostrando-se irrelevante que o Executivo, na hipótese, tenha dever de fiscalizar ou impor, em sendo o caso, as sanções correspondentes às infrações. Ao Legislativo cabe editar normas abstratas, gerais e obrigatórias, ainda que voltadas apenas aos bancos e ao Executivo cabe a responsabilidade de executá-las, inclusive com fiscalização e imposição de penas. (ADIN 0276050-06.2011.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julgamento em 13-06-2012)

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 4.384/2009. Ato normativo de iniciativa de vereador, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento reservado, bem como vídeo de monitoramento nas agências bancárias no âmbito do Município e dá outras providências - Ausência de vício de iniciativa - Legalidade por se tratar de matéria ligada à segurança pública - Matéria de iniciativa não reservada ao Chefe do Poder Executivo - Inexistência de ilegalidade do

Acesso ao Sumário

Município na exigência de funcionamento de estabelecimentos bancários condicionado à instalação de equipamentos de segurança - Competência legislativa concomitante do Município - Matéria de interesse local – Efetiva legitimidade do Município para legislar sobre o tema – Finalidade de proporcionar proteção ao consumidor – Ação julgada improcedente. (ADIN 0318796-20.2010.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, julgamento em 29-02-2012)'

A matéria é pacífica no âmbito do Colendo STF. Confira-se: RE 312.050, rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.05.05; RE 208.383, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 07.06.99.

O simples fato da previsão de penalidade para o descumprimento da Lei não caracteriza invasão de área da esfera de competência ou **interferência direta** por parte do legislador na atividade do administrador.

Se eventualmente, será ou não necessária criação de novos cargos de fiscalização, ou mesmo se será ou não necessária atividade suplementar de servidores, e se isso provocará ou não maiores gastos por parte do Poder Público, é algo que dependerá essencialmente da opção político-administrativa, calcada na esfera da conveniência e oportunidade, a cargo do chefe do Poder Executivo Municipal. E essa avaliação e decisão ocorrerão no âmbito administrativo, não decorrendo diretamente da lei impugnada.

Em suma, a lei impugnada **não cria diretamente** cargos, órgãos, ou encargos para a Administração Pública, **nem regula diretamente a prestação de serviços pelo Poder Público**, e tampouco **gera diretamente qualquer despesa para a Administração**.

Ademais, a discussão sobre a geração de despesa pública extravasa o âmbito estreito do contencioso abstrato, concentrado e direto de constitucionalidade pela introdução de matéria de fato e dependente de prova.

A lei prescreve obrigação, pena de sanções administrativas, ao particular, não se podendo cogitar que do exercício de sua execução e fiscalização derivem despesas novas sem cobertura financeiro-orçamentária, pois a atividade bancária já é precedentemente absorvida pela polícia administrativa preexistente" (v. fls. 118/124).

Aliás, nesse mesmo sentido, além daqueles já mencionados pela digna Procuradoria de Justiça, outros precedentes deste Colendo Órgão Especial, ainda mais recentes, assentaram, na justa medida, que:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal n° 6.643/2009, de iniciativa da edilidade de Piracicaba – Ato normativo de iniciativa de vereador que dispõe sobre a obrigatoriedade de isolamento visual do atendimento dos usuários das agências bancárias no âmbito do Município e dá outras providências – Ausência de vício de iniciativa – Legalidade por se tratar de matéria ligada à segurança pública – Matéria

de iniciativa não reservada ao Chefe do Poder Executivo – Inexistência de ilegalidade do Município na exigência de funcionamento de estabelecimentos bancários condicionado à instalação de equipamentos de segurança – Competência legislativa concomitante do Município – Matéria de interesse local – Efetiva legitimidade do Município para legislar sobre o tema – Finalidade de proporcionar proteção ao consumidor – Ação julgada improcedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0061047-58.2012.8.26.0000, relator Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, j. 08/08/2012);

"Ação direta de inconstitucionalidade – Ilegitimidade da parte autora Febraban – Inocorrência – Preliminar rejeitada – Lei municipal que exige atendimento reservado em agências e postos bancários – Medida que visa a promover a segurança do usuário desses serviços – Matéria de interesse local – Precedentes deste Órgão Especial – Possibilidade de regulação da matéria por lei municipal – Norma que não interfere em matéria reservada ao Poder Executivo – Ação julgada improcedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0381614-08.2010.8.26.0000, relator Desembargador FERREIRA RODRIGUES, j. 13/11/2013).

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado nos autos, a partir de processo legislativo deflagrado perante a Câmara de Vereadores.

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.244)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 8.008, de 22.04.13 do Município de Jundiaí de iniciativa parlamentar, que exige, em agências bancárias, a presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento, sob pena de multa diária. Vício de iniciativa na espécie organização administrativa, por fixar sanção e impor ao Executivo a fiscalização do cumprimento de exigência imposta. Descabida imposição parlamentar. Inconstitucionalidade presente.

Acesso ao Sumário

Ação procedente.

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da **Lei Municipal nº 8.008 de 22.04.13**, exigindo em agências bancárias, a presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento.

Sustentou o Prefeito Municipal, em resumo, a inconstitucionalidade dessa exigência por afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Trata-se de matéria de iniciativa reservada ao Poder Executivo. Patente o vício de iniciativa. Descabido impor ao Município, o dever de fiscalizar as agências bancárias. Sequer indicada a fonte de despesa. Da União a competência para legislar sobre segurança pública. Daí a suspensão liminar e declaração de inconstitucionalidade (fls. 02/09).

Indeferida a liminar (fls. 23), negou-se provimento (fls. 37/39) ao agravo regimental (fls. 29/32). Vieram informações da Casa Legislativa (fls. 42/45). Declinou de sua intervenção o d. Procurador Geral do Estado (fls. 111/112). Opinou a D. Procuradoria de Justiça pela improcedência da ação (fls. 115/124).

Redistribuiu-se (fls. 127 e 129).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito de Jundiaí, da **Lei Municipal nº 8.008, de 22.04.13**, exigindo "*em agências bancárias, presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento*" (fls. 20), com o seguinte teor:

> "*Art. 1º. Em toda agência bancária haverá, no mínimo, 1 (um) agente de segurança nas áreas de autoatendimento localizadas no interior da agência, durante todo o período em que esta estiver disponível aos clientes e usuários, inclusive no período noturno e nos finais de semana.*"
>
> "*Art. 2º. O descumprimento desta lei implica em multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).*"
>
> "*Parágrafo único. O valor da multa será atualizado, anualmente, em 1º de janeiro, pela variação positiva do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro que o venha substituir.*"
>
> "*Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.*" (fls. 20).

Com razão o autor.

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).

Acesso ao Sumário

Possível, assim ao Município, impor medidas que proporcionem segurança à população, como se tem decidido no **Colendo Supremo Tribunal Federal**:

> "*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS BANCÁRIOS. MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,* ***os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários****. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (grifei – AI 768666/AgR/SP – j. de 26.11.13 – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**).

Todavia, a Lei Municipal em apreço, em que pese tratar de assunto relacionado a segurança de usuários de serviços bancários, 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.

A rejeição (fls. 103) do veto do Prefeito do Município de Jundiaí (fls. 92/95), bem como sua promulgação, afetam diretamente seara do Poder Executivo.

Ensinam **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, ao tratarem da **iniciativa privativa do Presidente da República**, à luz do **art. 61, § 1º, I e II,** da **Constituição Federal**, reserva-se *"... ao chefe do Executivo (reserva-se) a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem (...) versem sobre* ***organização administrativa****..."* ("Curso de Direito Constitucional" – Ed. Saraiva – 2013 – 4.1.1.6. – p. 868).

Tal prerrogativa restou distribuída, na **Constituição Bandeirante**, por vários incisos do parágrafo segundo de seu **art. 24** ("***Artigo 24, § 2º*** *– Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre*"), sendo o mais pertinente ao caso dos autos, o **inciso I** ("***I – criação*** *e extinção* ***de*** *cargos,* ***funções*** *ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração*") e se completa com o **art. 47** ("***artigo 47 –*** *Compete privativamente ao Governador, além das outras atribuições previstas nesta Constituição*") em seus incisos **II** ("*II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a* ***direção superior da administração estadual****;*") e **XIV** ("*XIV – praticar os demais* ***atos de administração****, nos limites da competência do Executivo;*"), de observância necessária no âmbito Municipal também por imposição da **Carta Paulista** (**art. 144** – "*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição*

Acesso ao Sumário

Federal e nesta Constituição.").

Ora, por – **organização administrativa** – segundo **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, deve ser entendida aquela que "*... resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa.*" ("Manual de Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 2012 – p. 447).

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **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 ou 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**." (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – 2013 – 17ª ed. – Ed. Malheiros – Cap. XI – 1.2. – p. 631).

Embora não se admita interpretação extensiva de regra de exceção ("*Matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo taxativamente previstas nos arts. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, da Constituição Estadual, não comportando qualquer ampliação, máxime por decorrência da atividade do legislador local*" – ADIn nº 0.035.438-64.1998.8.26.0000 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**), **não** é possível restringir essa ressalva constitucional retirando dela a amplitude lá assegurada. A ela deve ser conferido o âmbito constitucional compatível com o prestígio à prerrogativa de Poder. Assim, não é a repercussão, a pertinência ou a conveniência e oportunidade da norma ou a ausência de custos em sua implementação, o critério a ser observado no exame em questão – inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

E a abrangência dela – **reserva absoluta de iniciativa** – é firmada pelas decisões do **Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo** na apreciação de ADIn's contra leis locais de iniciativa parlamentar, com semelhantes disposições.

Identificou-se **inconstitucionalidade**, por **vício de iniciativa** na espécie **organização administrativa**, exatamente por **fixar** a regra local **sanção** e, consequentemente, **impor** ao Executivo a **fiscalização** do cumprimento de exigência estabelecida, e o consequente **lançamento** de sanções na hipótese de descumprimento, ***v.g.*** na Lei nº 12.342/10, de Ribeirão Preto, ao obrigar bares, restaurantes e estabelecimentos similares a instalarem dispensadores de fio dental (ADIn nº 0.444.822-63.2010.8.26.0000 – v.u. j. de 23.02.11 – Rel. Des. **CORRÊA VIANNA**); na Lei nº 6.897/08 de Presidente Prudente, ao proibir o uso e consumo de cigarros e assemelhados em bares, restaurantes, lanchonetes e afins (ADIn nº 0.222.712-88.2009.8.26.0000 – v.u. j. de 30.09.09 – Rel. Des. **A. C. MATHIAS COLTRO**); na Lei nº 2.447/10, de Santa Cruz do Rio Pardo, ao vedar o uso de cerol ou qualquer material cortante em linhas e fios utilizados para empinar pipas (ADIn nº 0.305.037-86.2010.8.26.0000 – j. de 16.02.11 – Rel. Des. **RIBEIRO DOS SANTOS**); e na Lei nº 4.488/11, de Suzano, ao estabelecer prazo máximo para atendimento aos usuários das agências bancárias e demais estabelecimentos de crédito localizados naquele Município (ADIn nº 0.027.899-56.2012.8.26.0000 – j. de 22.08.12 – Rel. Des. **SAMUEL JUNIOR**), dentre inúmeros outros julgados.

Importante enfatizar que, em todos esses casos, o vício reside, sobretudo, na **ingerência administrativa** (cria funções e amplia obrigações ao poder de polícia municipal), caracterizada por imposição parlamentar de realizações materiais da Administração (fiscalização e apurar infrações lançando sanções).

Assim já decidi neste **Colendo Órgão Especial** em caso análogo:

"*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** (...) criou, direta e inquestionavelmente, para o Município, a obrigação de **fiscalizar** e impor o cumprimento delas – caracterizando inequívoca interferência na administração pública...*" (grifei – ADIn nº 0.148.704-04.2013.8.26.0000 – p.m.v. j. de 29.01.14).

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 executivos do Município**, sendo estas, inclusive, de forma abstrata.*"

"*Dessa forma, não há como não reconhecer que a norma guerreada*

Acesso ao Sumário

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, ao exigir a presença de agente de segurança nas áreas de autoatendimento de instituições bancárias, **impondo** penalidade aos estabelecimentos descumpridores dessa regra, **cria**, direta e inquestionavelmente, ao Poder Executivo, a **obrigação** de fiscalizar e impor o cumprimento dela – caracterizando, ***data maxima venia***, inequívoca interferência na administração pública (amplia obrigações ao órgão municipal responsável pelo exercício do poder de polícia), gerando, ainda mais no caso dos autos, 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. A fiscalização, de que a imposição de sanção é decorrência necessária, representa inequívoca criação de função nova à Administração municipal. Representa ampliação de atribuições peculiares ao exercício do poder de polícia local.

Parecer da Consultoria Jurídica da Casa Legislativa, já apontava, ainda que por outro motivo, a inconstitucionalidade da norma (fls. 88 e 96).

Como aqui já se decidiu em situação semelhante, trazida pela própria Casa Legislativa:

"*A exigência legal, de resto, viola o princípio da razoabilidade. É notório e dispensa maiores considerações que há postos de auto-atendimento no interior de agências bancárias, assim como em áreas contíguas. Mas há também em locais bem distantes das agências. Há aqueles instalados em centros comerciais, ou em postos de abastecimento de combustíveis, ou ainda no interior de estabelecimentos escolares e de hospitais. A lei nada esclarece a respeito e também não esclarece o período no qual seria necessária a presença física de um vigilante uniformizado nas proximidades dos locais de auto-atendimento. Isso seria necessário apenas durante o expediente bancário, ou também na alta madrugada? Não dá para saber. Em realidade,* ***trata-se de diploma legal motivado por boas intenções, mas de resultados desastrosos, pois a consequência mais lógica da imposição das sanções nela previstas seria a gradativa desativação dos postos de auto-atendimento, em prejuízo dos usuários***." (ADIn nº 0200032-41.2011.8.26.0000 – p.m. de v. de 26.10.11 – Rel. Des. **CAMPOS MELLO** – fls. 52/53).

Por outro lado, ainda que se entendam mínimas ou inexistentes as despesas, **inaceitável** manter norma municipal de iniciativa parlamentar criando atribuições ao Poder Executivo.

Acesso ao Sumário

Tal é o caso dos autos.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade invalida-se **integralmente** a **Lei Municipal nº 8.008**, de 22 de abril de 2013, por afronta aos **arts. 5º, 24, § 2º, I, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0019910-28.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CASSIA CARLIN MALTEZE, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NÃO CONHECERAM DO AGRAVO REGIMENTAL. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. SAMUEL JÚNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.469)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BÁRTOLI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS GANZERLA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, não conhecendo do agravo regimental; e SAMUEL JÚNIOR (com declaração), JOÃO CARLOS SALETTI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO e VANDERCI ÁLVARES, conhecendo do agravo regimental.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

RENATO NALINI, Relator e Presidente

Ementa: Agravo Regimental – Decisão administrativa

Acesso ao Sumário

da DEPRE – Decisão que indeferiu pedido de preferência estabelecida no art. 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09 – Ausência de previsão constitucional, legal ou regimental de recurso administrativo – Agravo não conhecido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão do Excelentíssimo Senhor Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pedido de preferência estabelecida no art. 100, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09, Cassia Carlin Malteze interpôs agravo regimental, sob a alegação de agravamento do estado de saúde de sua genitora.

É uma síntese do necessário.

O recurso não reúne condições de admissibilidade.

Este eg. Órgão Especial já conheceu de insurgências assemelhadas, voltadas à infringência de decisões administrativas da DEPRE, como se denota dos julgamentos dos Agravos Regimentais nº 0134620-32.2012 e nº 0220905-28.2012.

Nada obstante, análise mais aprofundada da questão, em especial do sentido e alcance adequados da via recursal eleita, conduz a mudança de orientação, estando a hipótese em exame para além do permissivo regimental de admissibilidade do agravo.

Com efeito, é da tradição do regimento interno dos tribunais a previsão de recurso voltado a esgrimar as decisões monocráticas de seus membros em ordem a submeter a matéria individualmente decidida ao exame do órgão colegiado competente. É o chamado *agravo regimental* ou *agravo interno*, contemplado sobretudo em homenagem ao *juiz natural*, vocacionado que está a permitir que matéria então monocraticamente decidida venha a ser sequencialmente apreciada pelo colegiado original e naturalmente credenciado a seu julgamento.

Nesses casos, o agravo irá aparecer como nítido veículo de devolução do exame da matéria ao órgão competente para dela conhecer e original destinatário da postulação, tudo para que a competência do *juiz* ou do *órgão natural* não venha a ser suprimida ou mitigada por decisão isolada de um de seus membros.

É exatamente a situação que se identifica no agravo então regimental – hoje com expressa previsão legislativa (CPC, art. 557, art. 1º) – que desafia a decisão monocrática do relator que desde logo nega seguimento ao recurso ou dispõe sobre o seu mérito, com o permissivo do art. 557, "caput" e § 1º-A,

do Código de Processo Civil, em ordem a permitir o exame da matéria pelo colegiado.

Nessa perspectiva, o art. 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo não apresenta a extensão pretendida pelo agravante.

Não é possível que, sob o pálio do agravo regimental, faça-se do eg. Órgão Especial do Tribunal de Justiça câmara potencialmente revisora de todas as decisões administrativas adotadas pela Presidência da Corte. A interpretação que parece ser mais ajustada vai ao sentido de considerar admissível o agravo regimental perante o Órgão Especial deste Tribunal nos casos em que há decisão monocrática – potencialmente lesiva a direito da parte, giza a disposição regulamentar –, mas que se ocupa de matéria administrativa regimentalmente reservada à competência do próprio Órgão Especial. O agravo então irá aparecer nesse caso como instrumento de salvaguarda da própria competência administrativa do Alto Colegiado.

A não ser assim – e isso é intuitivo –, o Órgão Especial passaria a ser convocado a deliberar, mercê de agravo regimental, a respeito das mais comezinhas matérias administrativas afetas regimentalmente à competência de outros órgãos e autoridades, para além dos lindes regimentais de sua competência administrativa, o que não se mostra razoável, nem jurídico.

Tome-se, em exemplário, os casos – vários e rotineiros – relativos ao gerenciamento do quadro de servidores do Tribunal. Poderia o servidor, exonerado pela Presidência das funções de secretário, rebelar-se contra o ato de exoneração por agravo regimental? Mais: poderia o servidor recorrer ao Órgão Especial contra ato da Presidência que lhe indeferiu requerimento de alteração de posto de trabalho? Parece que não! A nomeação e exoneração de secretários, bem como o exercício de todos os atos inerentes ao gerenciamento do quadro de servidores, são atos que se compreendem no quadrante da competência privativa da Presidência do Tribunal (cf. RITJSP, art. 26, II, *a* e *u*) e em cujo âmbito de atribuições encerra-se a instância administrativa, não havendo nenhum outro órgão, nem mesmo o Órgão Especial, credenciado pelo regimento à revisão desses atos, ressalvado os casos de reconhecida ***relevância*** da matéria administrativa, na forma do excepcional procedimento do qual se ocupa o art. 12, par. único, II, do Regimento Interno deste Tribunal. Entendimento diverso implicaria em mal explicado alargamento, sem permissivo legal ou regimental, da competência do Órgão Especial de molde a abarcar a quase que totalidade dos atos administrativos expedidos pelos órgãos de direção do Tribunal, não parecendo ir nesse sentido a melhor interpretação do dispositivo regulamentar em comento.

Em resumo, poderia ser dito que, em matéria administrativa e como regra, a admissibilidade de agravo regimental perante o Órgão Especial circunscreve-

Acesso ao Sumário

se às hipóteses regimentalmente reservadas à competência do próprio Órgão Especial quando delas se ocupar decisão monocrática anterior. Fora desses casos, o Órgão Especial somente irá aparecer como instância administrativa revisora das decisões dos órgãos de direção do Tribunal nos casos especialmente contemplados em lei ou no próprio regimento interno. Nesses casos, a admissibilidade do agravo decorre de disposição legal ou regimental explícita.

É o que se recruta do enunciado do art. 253, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, no ponto em que, sobre o agravo regimental, averba-se que *esse recurso também terá cabimento em matéria administrativa prevista em lei e em questões disciplinares envolvendo magistrados*. Intuitivo que a locução "*prevista em lei*" consulta à ideia de *recurso* – recurso legalmente previsto – e não à de "*matéria administrativa*", esta, em rigor, sempre "*prevista em lei*".

O caso em exame atina à decisão em expediente de processamento de precatório, de interesse meramente individual – sem relevância ou repercussão geral, afeto privativamente à Presidência do Tribunal de Justiça, por diretriz regimental (arts. 26, II, *x* e 268, II, III, IV e V) e constitucional (CF, art. 100; CESP, art. 57). Não há, outrossim, nenhuma previsão constitucional, legal ou regimental de recurso administrativo contra decisões dessa natureza; logo, a decisão aqui combatida esgota a instância administrativa, ressalvado o controle judicial dos atos da Administração.

Destarte, tenho por inadmissível o presente agravo regimental.

Por estes fundamentos, **não conheço** do agravo regimental.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 29.828)

Em primeiro lugar, a leitura que faço das disposições regimentais é outra, pois, pela regra que está contida no *caput*, cabe, sempre, agravo regimental em face de decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte.

É isso que, no meu modo de entender, está expresso no artigo 253, do seguinte teor: salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte.

O contido no parágrafo 1º, do mesmo artigo, serve para confirmar, e não excluir, o cabimento, como regra, do agravo regimental em matéria administrativa.

Não é possível, data vênia, interpretar-se de forma restritiva tais dispositivos regimentais, sob pena de cercear-se às partes uma forma rápida e eficaz de resolver, sem maiores ônus, questões recorrentes, atinentes a

Acesso ao Sumário

precatórios e que lhes está assegurada no Regimento.

Ademais, se prevalecer o entendimento de que não cabe mais Agravo Regimental, modificando-se o entendimento até agora pacificado nesta Corte, estar-se-á, em especial neste caso e nos demais já interpostos e não julgados, colhendo-se as partes de surpresa e subtraindo das mesmas a possibilidade, até, de ver a questão reapreciada pelo colegiado em sede de Mandado de Segurança, em face do possível tempo decorrido. E, como consequência, se afastará a possibilidade de interposição de recursos às Cortes Superiores.

Eventual orientação nova, neste sentido, deve ser incorporada expressamente ao Regimento Interno, para que a parte possa buscar a defesa e solução de seus interesses por outros remédios jurídicos.

E não podemos olvidar de que um encaminhamento como este, poderá naturalmente implicar em mais Mandados de Segurança, com maiores ônus às partes e com violação do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), ponderado com o princípio da decisão colegiada dos tribunais.

Conquanto aparentemente iguais no processamento, o agravo interno tem previsão na lei, enquanto que o agravo regimental tem suas hipóteses de cabimento enumeradas no Regimento Interno, e se o nosso Regimento não o veda para a hipótese presente, não há como deixar de conhecê-lo.

Além destes aspectos, deve ser ressaltado ainda que, pelo contrário, o nosso Regimento admite implícita e claramente, no meu modo de entender, o agravo para a hipótese dos autos e isto porque, na parte inicial do artigo 253, restou estabelecido, que só se houver disposição em sentido contrário ele não será admitido. E a disposição em contrário expressa é a do parágrafo 2º, do artigo 253, que diz: "não cabe agravo regimental na hipótese do art. 269 e na fase do exame da admissibilidade ou de processamento de recurso extraordinário ou especial."

E o artigo 269, que está contido na Seção III, que trata exatamente dos precatórios, diz apenas que não cabe agravo das decisões do Presidente do Tribunal, nos pedidos de sequestro, o que implica em dizer que nas demais, proferidas no âmbito de suas atribuições, que estão previstas em especial no artigo 268, ele tem que ser admitido.

Por tais razões, com o devido respeito, divirjo do Relator, e conheço do recurso.

SAMUEL JÚNIOR, Desembargador

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0205318-29.2013.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é suscitante 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.544/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, JOSÉ DAMIÃO MACHADO COGAN, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTÔNIO LUIZ PIRES NETO, ANTÔNIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JÚNIOR, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA e ITAMAR GAINO, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade; e ANTÔNIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, RENATO NALINI (Presidente), ELLIOT AKEL, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração) e ROBERTO MAC CRACKEN, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade. Mandado de segurança. Trânsito ferroviário. Lei Municipal de Itirapina, nº 2.470/11, proibindo a circulação e parada de trens em locais e horários que especifica. Alegação de ofensa a direito líquido e certo, garantido por prévio contrato de concessão de uso e exploração de serviço da malha ferroviária paulista, celebrado com base na privativa competência legislativa da União sobre o assunto.

1. O artigo 22, XI, da Constituição Federal, atribui à União competência privativa para legislar sobre

trânsito e transporte.

2. Edição de norma municipal sobre a matéria que ofende a regra constitucional, não cabendo invocar o regramento contido no artigo 30, I e II, da Carta Magna, para o fim de legitimar a lei impugnada, sob pena de se admitir contradição e, pois, disciplina inócua, ao próprio texto constitucional.

3. Acolheram o incidente, nos termos constantes do corpo do acórdão, para declarar inconstitucional a Lei nº 2.470, de 31 de março de 2011, do município de Itirapina.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, nos autos da apelação nº 0004564-66.2011.8.26.0283, interposta no mandado de segurança preventivo impetrado por ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S/A contra ato do senhor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITIRAPINA, responsável pela promulgação da Lei Municipal nº 2.470, de 31 de março de 2011, inquinada de inconstitucional pela impetrante, por dispor sobre matéria de competência federal, relativa ao manejo do transporte ferroviário naquela localidade.

Apontando ofensa ao artigo 22, XI, da Constituição Federal, arguiu a egrégia Câmara suscitante este incidente, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.470/2011, do Município de Itirapina.

Processado o incidente, sobreveio manifestação da impetrante, clamando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade arguida (322/332).

No mesmo sentido foi o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em fls. 340/350.

Silente a Prefeitura Municipal de Itirapina, não obstante regularmente intimado seu advogado, conforme publicação de fls. 319.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O incidente comporta acolhimento.

De fato, a despeito da clara disposição constitucional contida no inciso XI do artigo 22 da Carta Magna, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, o município paulista de Itirapina promulgou a Lei 2.470/2011, pela qual pretendeu regulamentar o transporte ferroviário por

Acesso ao Sumário

ali circulante, estabelecendo sanções pecuniárias em caso de descumprimento das proibições contidas na norma em exame, na seguinte conformidade:

"**ARTIGO 1º** – Fica proibida a parada e/ou a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de qualquer residência em perímetro urbano, em especial em passagem de nível com vias públicas, no perímetro urbano do Município de Itirapina.

Parágrafo único – Em horário noturno, compreendido das 22h até as 06h do dia seguinte, e nos cruzamentos em nível a qualquer horário, em caso de descumprimento das normas estabelecidas no 'caput', o valor da multa será aplicado em dobro.

ARTIGO 2º – Nos casos de haver necessidade justificada de interrupções nos trechos da linha férrea, que tenham passagem de nível com vias públicas, deverão ser comunicadas pela concessionária do transporte ferroviário à Prefeitura de Itirapina com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

ARTIGO 3º – A infração ao disposto nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:

I – ***Notificação de empresa concessionária quanto à proibição de que trata a presente Lei, uma única vez, que terá prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar.***

II – ***Multa de 500 (quinhentas) UFESPs, a cada infração cometida, e inscrição em dívida ativa, no caso de não pagamento.***

III – ***Multa em dobro nos seguintes casos:***

a) paralisação superior a 30 minutos;

b) paralisação em horários noturnos, compreendidos entre as 22h00 e 06h00;

c) paralisação dos cruzamentos em nível em qualquer horário.

IV. – A multa poderá ser aplicada por qualquer agente fiscalizador Municipal, desde que constatada a infração, por meios que entender substancialmente comprovada.

...".

Evidente a transposição dos limites da competência municipal para esse fim, ainda mais acentuada ante os termos de contrato de concessão para a exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na malha paulista, celebrado entre a União e a FERROBAN – Ferrovias Bandeirantes S/A, antiga denominação de ALL – América Latina Logística Malha Paulista S/A (fls. 44/78, 28/29 e 18/27).

Não se está aqui a negar vigência à autonomia municipal, autorizada pelo artigo 30, da Constituição Federal, especificamente em seus incisos I e II.

Tampouco se pretende eternizar sobre a população de Itirapina os

incômodos gerados pelo transporte ferroviário desenvolvido pela impetrante.

Em claras palavras, a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade aqui proposta visa afirmar que à administração local cabe, sim, legislar no interesse de seus munícipes, sem, contudo, invadir a esfera federal e sem tolher o direito de quem já tem garantido, por norma e contrato desse mesmo jaez, a exploração de uso da malha ferroviária daquela região.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sede de Repercussão Geral, assim se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.496, julgado em 26/5/11, tendo por relator o eminente Ministro CEZAR PELUSO:

> "**Agravo convertido em Extraordinário. Competência privativa da União para legislar. Trânsito e transporte. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município**".

Seguindo essa orientação em julgamento envolvendo a impetrante **All América Latina Logística do Brasil S/A**, combatendo lei municipal de Curitiba-PR, editada igualmente em face de operações ferroviárias encetadas naquela localidade, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, no julgamento da Apelação Cível nº 416.533-9, datado de 10.12.2007, tendo por relatora a eminente Desembargadora ANNY MARY KUSS, assim se pronunciou:

> **"Inegável que a competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, e, em se tratando de competência privativa da União, não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar que os autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (artigo 22, da Constituição).**
>
> **Não há como pretender-se que a competência suplementar dos Municípios prevista no inciso II, do artigo 30, com base na expressão vaga aí constante 'no que couber', se possa exercitar para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União.**
>
> **Ademais, legislação municipal, como ocorre no caso, que proíbe transporte ferroviário de carga no perímetro do município, no período dito de descanso, não abarca exclusivamente assunto de interesse local, o que justificaria o enquadramento na competência legislativa municipal prevista no inciso I do artigo 30 da Carta Magna, tendo desmembramento noutras áreas de direito e, inclusive, territoriais. Veja-se que as composições ferroviárias não circulam internamente no perímetro municipal, vêm de outras regiões do Estado e, até, do país, apenas transpondo a Capital, rumo ao seu destino final, logo, não há se dizer que a proibição de**

Acesso ao Sumário

sua marcha por determinado período não trará conseqüências além da municipalidade.

Outrossim, como o próprio apelante ressaltou sua competência constitucional está adstrita à preservação do meio ambiente saudável aos munícipes, indubitavelmente, questão de interesse local. E, não se olvida que tal exercício abarca o controle dos níveis de poluição sonora e a vedação de atividades perturbadoras do sono e do sossego noturnos, seja através de atos legislativos e da atuação do poder de polícia administrativo. Porém, dita competência foi exercida através da edição da chamada Lei do Silêncio, a Lei Municipal nº 10.625/02.

Assim, caso a movimentação das locomotivas no período noturno extrapole aos níveis de ruído já previstos na lei competente, como alegado, compete à administração municipal autuar a empresa e fazê-la buscar alternativas para evitar a poluição sonora no horário de descanso".

Como no exemplo acima citado, há alternativas para o problema enfrentado pela municipalidade de Itirapina, em lugar de pretender alterar, por norma local, o desenvolvimento de serviço de transporte ferroviário concedido pela União, detentora de competência privativa para legislar em questões de trânsito e transporte.

Comporta, assim, acolhimento o presente incidente, para o fim de se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.470, de 31 de março de 2011, do Município de Itirapina-SP.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, acolhe-se o incidente de inconstitucionalidade, nos termos acima propostos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.505)

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo improcedente a arguição.

O Município de Itirapina com a **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11** proibiu a parada e/ou realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nas linhas férreas localizadas no perímetro urbano, em especial nos trechos de passagem de nível com vias públicas, nos seguintes termos:

"Artigo 1º – Fica proibida a parada e/ou a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de qualquer residência em perímetro urbano, em especial em passagem de nível com vias públicas, no perímetro urbano do Município de Itirapina."

Acesso ao Sumário

"Parágrafo único – Em horário noturno, compreendido das 22h até as 6h do dia seguinte, e nos cruzamentos em nível a qualquer horário, em caso de descumprimento das normas estabelecidas no 'caput', o valor da multa será aplicada em dobro."

"Artigo 2º – Nos casos de haver necessidade justificada de interrupções nos trechos da linha férrea, que tenham passagem de nível com vias públicas, deverão ser comunicadas pela concessionária do transporte ferroviário à Prefeitura de Itirapina com antecedência mínima de 48 (quarenta o oito) horas."

"Artigo 3º – A infração ao disposto nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:"

"I – Notificação de empresa concessionária quanto à proibição de que trata a presente Lei, uma única vez, que terá prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar."

"II – Multa de 500 (quinhentas) UFESPs, a cada infração cometida, e inscrição em dívida ativa, no caso de não pagamento."

"III – Multa em dobro nos seguintes casos:"

"a) paralisação superior a 30 minutos;"

"b) paralisação em horários noturnos, compreendidos entre as 22h00 e 06h00."

"c) paralisação dos cruzamentos em nível em qualquer horário."

"IV – A multa poderá ser aplicada por qualquer agente fiscalizador Municipal, desde que constatada a infração, por meios que entender substancialmente comprovada."

"Artigo 4º – Eventuais despesas decorrentes da presente Lei serão suportadas pelas dotações próprias consignadas no Orçamento do Município."

"Artigo 5º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário." (fls. 40/41).

Norma local proibiu, sob pena de multa, a parada e a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de residências, dobrando a sanção quando a infração se der no período das 22 horas às 6 horas do dia seguinte ou, a qualquer horário, nos cruzamentos em nível.

E nesse proceder **inexiste inconstitucionalidade**, em que pese a douta opinião do I. Relator **VANDERCI ÁLVARES**.

Inequívoca a competência privativa da **União** para **legislar** sobre **trânsito e transporte** (art. 22, inciso XI, da CF).

Nesse sentido, qualquer ato praticado por outro Ente da Federação que implique na alteração das diretrizes, da política nacional nas normas gerais ou mesmo no próprio trânsito, por manifesta invasão de competência, afigura-se

Acesso ao Sumário

inconstitucional.

Contudo, o **Município de Itirapina** ao vedar determinadas condutas – parada ou manobra – em determinados trechos e/ou horários da linha férrea, no perímetro urbano, dispôs sobre seu **interesse local**, **não** incorrendo, com a questionada **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11**, 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 imponham normas próprias.*" ("Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – **COSTA MACHADO**, Organizador – **ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ**, Coordenadora – Ed. Manole – 3ª ed. – 2012 – 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****.*"

Acesso ao Sumário

(...)

"*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 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.*"

Acesso ao Sumário

"*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).

A ordenação do **trânsito urbano**, nela se incluindo a circulação e tráfego está afeta ao **interesse local**, e a imposição de normas proibindo a parada e manobras em determinados trechos da linha férrea dentro do perímetro urbano, **não** configura afronta à competência privativa da União.

A proibição de parada e/ou realização de manobras de qualquer veículo ou composição férrea nos **trechos da linha férrea** com distância mínima de 200 metros de residências no perímetro urbano em **especial em passagem de nível com vias públicas** (art. 1º – fls. 40) teve por fim assegurar aos cidadãos o livre acesso pelo Município e aos serviços essenciais, uma vez que as composições férreas (paradas ou em manobras) obstruem a passagem e interferem no trânsito e na vida da população.

Além do mais, o barulho provocado pelos trens parados ou executando manobras, máxime durante a noite, perturba o sossego da população e implica em inequívoca **poluição sonora** passível de punição, deslocando a questão para o âmbito do meio ambiente, quanto concorrente a competência do Município para o preservar, sob qualquer faceta (**Constituição Federal** – **art. 23** "*É competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*" (...) **VI** "*proteger o meio ambiente e combater a **poluição** em **qualquer de suas formas**;*" – grifei).

Confira-se, a propósito, **HELY LOPES MEIRELLES**:

"*O* controle da poluição *enquadra-se no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais – União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios –, competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência, e em conjunto colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal.*" ("Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 17ª ed. – 2013 – p. 594).

Nem se argumente com a anterioridade da instalação da linha férrea. No confronto entre valores razoável prevaleçam os interesses da população local em detrimento de interesses comerciais.

O **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** ao julgar **ação civil pública ambiental** decorrente de **poluição sonora** provocada pela passagem de trens no período noturno, bem dispôs sobre a questão:

"*... fica claro que a emissão de ruídos gerados pela passagem de trens no período urbano de Curitiba, durante o período noturno, é muito superior ao limite estabelecido pela legislação federal e municipal,*

Acesso ao Sumário

causando poluição sonora, além de, é claro, importunar o sossego e a tranquilidade da população que reside próximo às áreas de passagem."

"*Não é ilógico, ao homem médio, reputar necessário o descanso noturno, como condição imprescindível a recuperar as energias e se manter em perfeita saúde.*"

"*E, se a poluição sonora causada pela atividade exercida pela Apelante, às noites, **traz efeitos prejudiciais à saúde e ao bem-estar da população local, é natural que se pretenda sua cessação no período de repouso noturno dos moradores**.*"

"*Assim, diante da prova técnica constante nos autos, é evidente a prática de poluição sonora pela Apelante, advinda da passagem dos trens de sua propriedade no perímetro urbano do Município de Curitiba durante o período noturno, o que confirma o dano ambiental e a perturbação do sossego alheio a ensejar **a necessidade de paralisação dessas atividades durante a noite (22h00 às 06h00), conforme determinado pelo Juízo a quo**.*"

"*E nem se diga que o fato de a linha férrea ser anterior à vinda dos moradores à região é argumento para que a atividade poluente se perpetue no período aqui destacado.*"

"*Ainda que, na época da instalação dos trilhos na indigitada região não houvesse legislação específica estipulando os limites máximos de poluição sonora, o fato é que, com o seu advento, **as atividades comerciais que passaram a se enquadrar como prejudiciais ao meio ambiente devem se adequar às restrições impostas pelo legislador, a bem da sociedade**.*" (grifei – Processo nº 724917-6 – publicada em 29.03.11 – Rel. Des. **LEONEL CUNHA**).

Ausente qualquer vício de inconstitucionalidade a invalidar a norma legal.

Mais não é preciso acrescentar.

Improcedente, portanto, a arguição, mantém-se a **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11**, na íntegra, devolvendo-se os autos à Câmara de origem.

3. Rejeito a arguição, com determinação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Incidentes de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade nº 0205318-29.2013.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é suscitante 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.544/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, JOSÉ DAMIÃO MACHADO COGAN, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTÔNIO LUIZ PIRES NETO, ANTÔNIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JÚNIOR, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA e ITAMAR GAINO, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade; e ANTÔNIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, RENATO NALINI (Presidente), ELLIOT AKEL, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração) e ROBERTO MAC CRACKEN, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade.

São Paulo, 23 de abril de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade. Mandado de segurança. Trânsito ferroviário. Lei Municipal de Itirapina, nº 2.470/11, proibindo a circulação e parada de trens em locais e horários que especifica. Alegação de ofensa a direito líquido e certo, garantido por prévio contrato de concessão de uso e exploração de serviço da malha ferroviária paulista, celebrado com base na privativa competência legislativa da União sobre o assunto.

1. O artigo 22, XI, da Constituição Federal, atribui à União competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte.

2. Edição de norma municipal sobre a matéria que ofende a regra constitucional, não cabendo invocar o regramento contido no artigo 30, I e II, da Carta Magna, para o fim de legitimar a lei impugnada, sob pena de se admitir contradição e, pois, disciplina inócua, ao próprio texto constitucional.

Acesso ao Sumário

3. Acolheram o incidente, nos termos constantes do corpo do acórdão, para declarar inconstitucional a Lei nº 2.470, de 31 de março de 2011, do município de Itirapina.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, nos autos da apelação nº 0004564-66.2011.8.26.0283, interposta no mandado de segurança preventivo impetrado por ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S/A contra ato do senhor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITIRAPINA, responsável pela promulgação da Lei Municipal nº 2.470, de 31 de março de 2011, inquinada de inconstitucional pela impetrante, por dispor sobre matéria de competência federal, relativa ao manejo do transporte ferroviário naquela localidade.

Apontando ofensa ao artigo 22, XI, da Constituição Federal, arguiu a egrégia Câmara suscitante este incidente, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.470/2011, do Município de Itirapina.

Processado o incidente, sobreveio manifestação da impetrante, clamando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade arguida (322/332).

No mesmo sentido foi o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em fls. 340/350.

Silente a Prefeitura Municipal de Itirapina, não obstante regularmente intimado seu advogado, conforme publicação de fls. 319.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O incidente comporta acolhimento.

De fato, a despeito da clara disposição constitucional contida no inciso XI do artigo 22 da Carta Magna, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, o município paulista de Itirapina promulgou a Lei 2.470/2011, pela qual pretendeu regulamentar o transporte ferroviário por ali circulante, estabelecendo sanções pecuniárias em caso de descumprimento das proibições contidas na norma em exame, na seguinte conformidade:

> "**ARTIGO 1º** – Fica proibida a parada e/ou a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de qualquer residência em perímetro urbano, em especial em passagem de nível com vias públicas, no perímetro urbano do Município de Itirapina.
>
> **Parágrafo único** – Em horário noturno, compreendido das 22h até

as 06h do dia seguinte, e nos cruzamentos em nível a qualquer horário, em caso de descumprimento das normas estabelecidas no 'caput', o valor da multa será aplicado em dobro.

ARTIGO 2º – Nos casos de haver necessidade justificada de interrupções nos trechos da linha férrea, que tenham passagem de nível com vias públicas, deverão ser comunicadas pela concessionária do transporte ferroviário à Prefeitura de Itirapina com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

ARTIGO 3º – A infração ao disposto nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:

I – ***Notificação de empresa concessionária quanto à proibição de que trata a presente Lei, uma única vez, que terá prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar.***

II – ***Multa de 500 (quinhentas) UFESPs, a cada infração cometida, e inscrição em dívida ativa, no caso de não pagamento.***

III – ***Multa em dobro nos seguintes casos:***

a) paralisação superior a 30 minutos;

b) paralisação em horários noturnos, compreendidos entre as 22h00 e 06h00;

c) paralisação dos cruzamentos em nível em qualquer horário.

IV. – A multa poderá ser aplicada por qualquer agente fiscalizador Municipal, desde que constatada a infração, por meios que entender substancialmente comprovada.

...".

Evidente a transposição dos limites da competência municipal para esse fim, ainda mais acentuada ante os termos de contrato de concessão para a exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na malha paulista, celebrado entre a União e a FERROBAN – Ferrovias Bandeirantes S/A, antiga denominação de ALL – América Latina Logística Malha Paulista S/A (fls. 44/78, 28/29 e 18/27).

Não se está aqui a negar vigência à autonomia municipal, autorizada pelo artigo 30, da Constituição Federal, especificamente em seus incisos I e II.

Tampouco se pretende eternizar sobre a população de Itirapina os incômodos gerados pelo transporte ferroviário desenvolvido pela impetrante.

Em claras palavras, a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade aqui proposta visa afirmar que à administração local cabe, sim, legislar no interesse de seus munícipes, sem, contudo, invadir a esfera federal e sem tolher o direito de quem já tem garantido, por norma e contrato desse mesmo jaez, a exploração de uso da malha ferroviária daquela região.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sede de Repercussão Geral, assim se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº

Acesso ao Sumário

639.496, julgado em 26/5/11, tendo por relator o eminente Ministro CEZAR PELUSO:

"**Agravo convertido em Extraordinário. Competência privativa da União para legislar. Trânsito e transporte. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município**".

Seguindo essa orientação em julgamento envolvendo a impetrante **All América Latina Logística do Brasil S/A**, combatendo lei municipal de Curitiba-PR, editada igualmente em face de operações ferroviárias encetadas naquela localidade, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, no julgamento da Apelação Cível nº 416.533-9, datado de 10.12.2007, tendo por relatora a eminente Desembargadora ANNY MARY KUSS, assim se pronunciou:

"Inegável que a competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, e, em se tratando de competência privativa da União, não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar que os autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (artigo 22, da Constituição).

Não há como pretender-se que a competência suplementar dos Municípios prevista no inciso II, do artigo 30, com base na expressão vaga aí constante 'no que couber', se possa exercitar para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União.

Ademais, legislação municipal, como ocorre no caso, que proíbe transporte ferroviário de carga no perímetro do município, no período dito de descanso, não abarca exclusivamente assunto de interesse local, o que justificaria o enquadramento na competência legislativa municipal prevista no inciso I do artigo 30 da Carta Magna, tendo desmembramento noutras áreas de direito e, inclusive, territoriais. Veja-se que as composições ferroviárias não circulam internamente no perímetro municipal, vêm de outras regiões do Estado e, até, do país, apenas transpondo a Capital, rumo ao seu destino final, logo, não há se dizer que a proibição de sua marcha por determinado período não trará conseqüências além da municipalidade.

Outrossim, como o próprio apelante ressaltou sua competência constitucional está adstrita à preservação do meio ambiente saudável aos munícipes, indubitavelmente, questão de interesse local. E, não se olvida que tal exercício abarca o controle dos níveis de poluição sonora e a vedação de atividades perturbadoras do sono e do sossego noturnos, seja através de atos legislativos e da atuação do poder de polícia administrativo. Porém,

Acesso ao Sumário

dita competência foi exercida através da edição da chamada Lei do Silêncio, a Lei Municipal nº 10.625/02.

Assim, caso a movimentação das locomotivas no período noturno extrapole aos níveis de ruído já previstos na lei competente, como alegado, compete à administração municipal autuar a empresa e fazê-la buscar alternativas para evitar a poluição sonora no horário de descanso".

Como no exemplo acima citado, há alternativas para o problema enfrentado pela municipalidade de Itirapina, em lugar de pretender alterar, por norma local, o desenvolvimento de serviço de transporte ferroviário concedido pela União, detentora de competência privativa para legislar em questões de trânsito e transporte.

Comporta, assim, acolhimento o presente incidente, para o fim de se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.470, de 31 de março de 2011, do Município de Itirapina-SP.

3. ***Ex positis*****, pelo meu voto, acolhe-se o incidente de inconstitucionalidade, nos termos acima propostos.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.505)

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo improcedente a arguição.

O Município de Itirapina com a **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11** proibiu a parada e/ou realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nas linhas férreas localizadas no perímetro urbano, em especial nos trechos de passagem de nível com vias públicas, nos seguintes termos:

"Artigo 1º – Fica proibida a parada e/ou a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de qualquer residência em perímetro urbano, em especial em passagem de nível com vias públicas, no perímetro urbano do Município de Itirapina."

"Parágrafo único – Em horário noturno, compreendido das 22h até as 6h do dia seguinte, e nos cruzamentos em nível a qualquer horário, em caso de descumprimento das normas estabelecidas no 'caput', o valor da multa será aplicada em dobro."

"Artigo 2º – Nos casos de haver necessidade justificada de interrupções nos trechos da linha férrea, que tenham passagem de nível com vias públicas, deverão ser comunicadas pela concessionária do transporte ferroviário à Prefeitura de Itirapina com antecedência mínima de 48 (quarenta o oito) horas."

Acesso ao Sumário

"Artigo 3º – A infração ao disposto nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:"

"I – Notificação de empresa concessionária quanto à proibição de que trata a presente Lei, uma única vez, que terá prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar."

"II – Multa de 500 (quinhentas) UFESPs, a cada infração cometida, e inscrição em dívida ativa, no caso de não pagamento."

"III – Multa em dobro nos seguintes casos:"

"a) paralisação superior a 30 minutos;"

"b) paralisação em horários noturnos, compreendidos entre as 22h00 e 06h00."

"c) paralisação dos cruzamentos em nível em qualquer horário."

"IV – A multa poderá ser aplicada por qualquer agente fiscalizador Municipal, desde que constatada a infração, por meios que entender substancialmente comprovada."

"Artigo 4º – Eventuais despesas decorrentes da presente Lei serão suportadas pelas dotações próprias consignadas no Orçamento do Município."

"Artigo 5º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário." (fls. 40/41).

Norma local proibiu, sob pena de multa, a parada e a realização de manobras de qualquer veículo ou composição ferroviária nos trechos da linha férrea com distância mínima de 200 metros de residências, dobrando a sanção quando a infração se der no período das 22 horas às 6 horas do dia seguinte ou, a qualquer horário, nos cruzamentos em nível.

E nesse proceder **inexiste inconstitucionalidade**, em que pese a douta opinião do I. Relator **VANDERCI ÁLVARES**.

Inequívoca a competência privativa da **União** para **legislar** sobre **trânsito e transporte** (art. 22, inciso XI, da CF).

Nesse sentido, qualquer ato praticado por outro Ente da Federação que implique na alteração das diretrizes, da política nacional nas normas gerais ou mesmo no próprio trânsito, por manifesta invasão de competência, afigura-se inconstitucional.

Contudo, o **Município de Itirapina** ao vedar determinadas condutas – parada ou manobra – em determinados trechos e/ou horários da linha férrea, no perímetro urbano, dispôs sobre seu **interesse local**, **não** incorrendo, com a questionada **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11**, 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).

Acesso ao Sumário

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 imponham normas próprias.*" ("Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – **COSTA MACHADO**, Organizador – **ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ**, Coordenadora – Ed. Manole – 3ª ed. – 2012 – 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*

Acesso ao Sumário

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 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).

A ordenação do **trânsito urbano**, nela se incluindo a circulação e tráfego está afeta ao **interesse local**, e a imposição de normas proibindo a parada e manobras em determinados trechos da linha férrea dentro do perímetro urbano, **não** configura afronta à competência privativa da União.

Acesso ao Sumário

A proibição de parada e/ou realização de manobras de qualquer veículo ou composição férrea nos **trechos da linha férrea** com distância mínima de 200 metros de residências no perímetro urbano em **especial em passagem de nível com vias públicas** (art. 1º – fls. 40) teve por fim assegurar aos cidadãos o livre acesso pelo Município e aos serviços essenciais, uma vez que as composições férreas (paradas ou em manobras) obstruem a passagem e interferem no trânsito e na vida da população.

Além do mais, o barulho provocado pelos trens parados ou executando manobras, máxime durante a noite, perturba o sossego da população e implica em inequívoca **poluição sonora** passível de punição, deslocando a questão para o âmbito do meio ambiente, quanto concorrente a competência do Município para o preservar, sob qualquer faceta (**Constituição Federal** – **art. 23** "*É competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*" (...) **VI** "*proteger o meio ambiente e combater a **poluição** em **qualquer de suas formas**;*" – grifei).

Confira-se, a propósito, **HELY LOPES MEIRELLES**:

> "*O* controle da poluição *enquadra-se no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais – União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios –, competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência, e em conjunto colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal.*" ("Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 17ª ed. – 2013 – p. 594).

Nem se argumente com a anterioridade da instalação da linha férrea. No confronto entre valores razoável prevaleçam os interesses da população local em detrimento de interesses comerciais.

O **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** ao julgar **ação civil pública ambiental** decorrente de **poluição sonora** provocada pela passagem de trens no período noturno, bem dispôs sobre a questão:

> "*... fica claro que a emissão de ruídos gerados pela passagem de trens no período urbano de Curitiba, durante o período noturno, é muito superior ao limite estabelecido pela legislação federal e municipal, causando poluição sonora, além de, é claro, importunar o sossego e a tranquilidade da população que reside próximo às áreas de passagem.*"
>
> "*Não é ilógico, ao homem médio, reputar necessário o descanso noturno, como condição imprescindível a recuperar as energias e se manter em perfeita saúde.*"
>
> "*E, se a poluição sonora causada pela atividade exercida pela Apelante, às noites, **traz efeitos prejudiciais à saúde e ao bem-estar da população local, é natural que se pretenda sua cessação no período de repouso noturno dos moradores**.*"

Acesso ao Sumário

"*Assim, diante da prova técnica constante nos autos, é evidente a prática de poluição sonora pela Apelante, advinda da passagem dos trens de sua propriedade no perímetro urbano do Município de Curitiba durante o período noturno, o que confirma o dano ambiental e a perturbação do sossego alheio a ensejar* ***a necessidade de paralisação dessas atividades durante a noite (22h00 às 06h00), conforme determinado pelo Juízo a quo***."

"*E nem se diga que o fato de a linha férrea ser anterior à vinda dos moradores à região é argumento para que a atividade poluente se perpetue no período aqui destacado.*"

"*Ainda que, na época da instalação dos trilhos na indigitada região não houvesse legislação específica estipulando os limites máximos de poluição sonora, o fato é que, com o seu advento,* ***as atividades comerciais que passaram a se enquadrar como prejudiciais ao meio ambiente devem se adequar às restrições impostas pelo legislador, a bem da sociedade***." (grifei – Processo nº 724917-6 – publicada em 29.03.11 – Rel. Des. **LEONEL CUNHA**).

Ausente qualquer vício de inconstitucionalidade a invalidar a norma legal.

Mais não é preciso acrescentar.

Improcedente, portanto, a arguição, mantém-se a **Lei nº 2.470**, **de 31.03.11**, na íntegra, devolvendo-se os autos à Câmara de origem.

3. Rejeito a arguição, com determinação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2019587-86.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante STUDIO FOTOGRÁFICO VALÉRIO TRABANCO LTDA. e é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial 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 29385)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), RUY COPPOLA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME,

Acesso ao Sumário

XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Alegação de inexistência de norma jurídica a autorizar à impetrante o pagamento de débitos fiscais por meio de parcelamento com base em seu faturamento – Falta de interesse processual verificada – Existência de possibilidade de parcelamento – Hipótese em que, entretanto, busca a impetrante questionar a constitucionalidade dos critérios utilizados pelo legislador municipal no que tange ao parcelamento de débitos fiscais, e não sustentar a falta de norma regulamentadora – Obrigação tributária que, ademais, deve ser observada, não podendo o débito fiscal pendente ser apontado como eventual situação de risco à atividade econômica exercida pela impetrante – Mandado de Injunção denegado, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, c.c. o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, e art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

VOTO

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Studio Fotográfico Valério Trabanco Ltda. em face do Prefeito Municipal de São Paulo, alegando, em síntese, a inexistência de norma jurídica que possibilite à impetrante o pagamento de seus débitos fiscais por meio de parcelamento com base em seu faturamento. Afirmou que, "*Com o pagamento parcelado do débito, levando-se em conta a capacidade econômica do Impetrante, será possível satisfazer o Município de São Paulo que receberá aquilo que entende devido, no tempo possível e manter a unidade produtiva de empregos e riqueza, permitindo assim, o livre exercício da atividade econômica pelo Impetrante*" (fls. 3).

Foi indeferido o pedido de medida liminar (fls. 28/29).

Em resposta, a Prefeitura Municipal de São Paulo arguiu, preliminarmente,

Acesso ao Sumário

inadequação da via processual eleita e falta de interesse de agir. No mérito, pugnou pela improcedência da ação, sustentando que "*não há a propalada ausência legislativa a justificar o presente mandado de injunção*" (fls. 44).

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo acolhimento das preliminares e, no mérito, pela denegação do mandado de injunção.

É o relatório.

Em verdade, é de reconhecer-se que a matéria trazida a exame foi objetivamente analisada no Parecer de fls. 48/53 redigido, conjuntamente, pelo Promotor de Justiça Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui e pelo Procurador de Justiça Dr. Rossini Lopes Jota, ora parcialmente transcrito e adotado como razão de decidir:

> "Em sua contestação, o Alcaide Paulistano aponta duas preliminares, que, em resumo, se traduzem na falta de interesse processual, seja pela inexistência de interesse/adequação, seja pela falta de interesse/necessidade.
>
> Com relação à primeira preliminar, razão assiste ao contestante. Senão vejamos.
>
> O mandado de injunção, tal como se verifica do inc. LXXI, do art. 5º, da Carta Republicana de 1988, tem como finalidade suprir a falta de norma integradora, de sorte a permitir o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
>
> Essa omissão legislativa se dá em face da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, que necessitam de outra, infraconstitucional, que permita sejam aqueles direitos e liberdades insertos na Carta Magna considerados como direitos subjetivos de seus destinatários.
>
> Ocorre que, como se extrai de luminosa alegação na peça vestibular, a insurgência da impetrante não ocorre em face da inexistência de norma infraconstitucional integradora, mas da não concordância com aquela existente, por ser o entendimento desta que se trata de norma inconstitucional, ainda que abertamente não se tenha utilizado esta pecha.
>
> Com efeito, a impetrante afirma que encontra-se em débito, por falta de recolhimento de ISS, junto à Prefeitura Municipal de São Paulo, e que a Lei nº 14.129/06, que 'institui o Programa de Parcelamento Incentivado - PPI no Município de São Paulo', não lhe permite parcelamento que se adeque a suas possibilidades, que se traduziria no pagamento de parcelas de acordo com seu faturamento.
>
> Assim, o que, em evidência, pretende a impetrante, é questionar a constitucionalidade dos critérios utilizados pelo legislador municipal para

Acesso ao Sumário

estabelecer o parcelamento dos débitos fiscais, e não, em verdade, aduzir a falta de norma regulamentadora.

A possibilidade de parcelamento existe, e foi bem anotada pelo Prefeito Municipal de São Paulo, mas a impetrante entende que os critérios deveriam ser outros.

Demais disso, a obrigação tributária da empresa é geral e deve ser observada, não podendo o débito existente ser apontado como situação que ponha em risco a atividade econômica pela impetrante exercida.

No que tange ao interesse/necessidade, temos que aqui também assista razão ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de São Paulo, na medida em que a legislação municipal é pródiga em previsão de possibilidade de parcelamento de débitos municipais, somente não aderindo aqueles que não tenham interesse ou possibilidade econômica.

Querer impor ao Município uma forma específica de parcelamento de débitos não é papel do Poder Judiciário, sob pena de indevida interferência em outro Poder, que não está nem mesmo obrigado a receber parceladamente seus débitos, senão quando haja previsão em lei, e na forma desta" (fls. 49/51).

Nessas circunstâncias, caracterizada a ausência de interesse processual (interesse/adequação e interesse/necessidade), denega-se o presente mandado de injunção, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, c.c. o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, e art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042699-21.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante F., é agravada A.A.K.R. (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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6868)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 12 de maio de 2014.

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento – Liminar concedida em Mandado de Segurança, para permitir a menor de 16 anos a participação em Contrato de Estágio Profissional – Admissibilidade – Lei não refere idade mínima para o Contrato de Estágio – Utilização, por analogia, das regras da Aprendizagem – Inexistência de vínculo empregatício, de modo que são inaplicáveis as regras do trabalho em geral – Aprovação em concurso público e acolhimento da liminar que geraram expectativa na agravante, quanto a seu futuro profissional e colocação adequada na sociedade – Recurso ao qual se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por F., em face de A.A.K.R., tirado da r. Decisão copiada a fls. 148, pela qual o MM. Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Barueri, em Mandado de Segurança, deferiu liminar

para garantir que a agravada firmasse contrato de estágio com a S..

O recorrente busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, a inexistência de convênio bilateral entre a escola I., pela mantenedora F., com a S.. Aduz proibição constitucional para o trabalho aos menores de dezesseis, exceto na condição de aprendizes, e a existência de regulamentos específicos que não dão amparo legal à pretensão da agravada (fls. 01/14).

Pede liminar para obtenção de efeito suspensivo, o que se indeferiu as fls. 152/153.

Vieram as contraminutas da recorrida (fls. 157/164) e as informações judiciais (fls. 166/167).

A d. Procuradoria Geral de Justiça elaborou parecer opinando pelo não provimento do recurso (fls. 169/172).

É o relatório.

Uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Quando do conhecimento do pedido liminar, aduzimos que, conforme aventado pelo d. Promotor de Justiça oficiante, a lei não refere idade mínima para o Contrato de Estágio, de modo que a utilização, por analogia, das regras da Aprendizagem seria um dos caminhos possíveis, consoante julgado exarado pelo C. TST.

Acolhendo tal premissa, o MM. Juízo "a quo" deferiu a liminar, determinando início do processo de estágio. Enfatizamos que, embora não haja, em princípio, posição consolidada acerca da matéria, a alteração reiterada da situação não se mostra conveniente aos interesses da jovem, ante a possibilidade de trazer-lhe insegurança quanto as perspectivas de futuro profissional.

Nesse passo, em atenção ao melhor interesse da adolescente, fora a liminar indeferida. Agora, em análise ao mérito recursal, parece-nos que outra conclusão não é possível inferir.

Acesso ao Sumário

Com efeito, refere a Exmª. Sra. Ministra Vice-Presidente do C. TST, Dra. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, que, "**por não consubstanciar relação de trabalho típica, mas, sim, ato educativo com caráter pedagógico, a vedação constitucional ao trabalho do menor de dezesseis anos (art. 7º, XXXIII) parece ser inaplicável à situação do estagiário**" (TST – AIRR: 405406720085040101 40540-67.2008.5.04.0101, Data de Publicação: DEJT 27/09/2011). Tal manifestação há de ser considerada, ainda que lavrada apenas em exame de admissibilidade de recurso a Tribunal Superior, porque expressa entendimento respeitável na esfera trabalhista.

Ademais, reza o artigo 3º da Lei 11.788/2008, que dispõe sobre o estágio de estudantes, que o estagiário "não cria vínculo empregatício de qualquer

natureza", observados os requisitos da frequência escolar ou universitária, termo de compromisso e compatibilidade com as atividades do estágio e as educacionais.

Assim, não há base para aplicar ao estagiário as normas concernentes ao trabalho em geral, mormente a limitação contida no artigo 7º, inc. XXXIII, da Carta Magna.

Na ausência de regra específica, mostrou-se pertinente, como já dito, a utilização, por analogia, da limitação etária imposta aos aprendizes, consoante faculdade exposta no artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos nesta análise perfunctória do conhecimento da liminar pleiteada, porque ambos têm como premissa a existência de curso educacional ou profissionalizante (art. 428 da CLT).

Repisa-se, por fim, que a aprovação em concurso público e o acolhimento da liminar geraram expectativa na agravante, quanto a seu futuro profissional e colocação adequada na sociedade, de modo que a revogação do determinado, nesta fase, poderia causar profunda frustração, caminhando contra o melhor interesse da adolescente, em detrimento aos princípios que regem a sistemática da Infância e Juventude.

Consoante já decidido, "**cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão. (...)**" (STJ – REsp nº 175.313/PB. T1 – Primeira Turma. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. Data do julgamento: 03/11/1998. Data da publicação: 22/03/1999).

Por tais razões é que não se observa necessidade de reforma do decidido.

Pelo exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo a r. decisão tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2038287-47.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante B.J.F.S. (MENOR), é agravada FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido em parte o Relator sorteado que declarará voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 29.706)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE), vencedor, CARLOS DIAS MOTTA, vencido, EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (DECANO).

São Paulo, 12 de maio de 2014.

EROS PICELI, Relator Designado e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

Ementa: Agravo de instrumento – obrigação de fazer – criança com necessidades especiais – pretensão de professor auxiliar e cuidador para acompanhamento em sala de aula – deferimento pelo juízo de primeiro grau apenas de cuidador – relatório médico que não justifica a necessidade de ambos os profissionais apontados – recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por B.J.F.S. contra a decisão proferida pela MMª. Juíza Soraia Lorenzi Buso, que deferiu em parte a pretensão da agravante para determinar o acompanhamento em sala de aula apenas de profissional cuidador, indeferindo o acompanhamento de professor auxiliar exclusivo para a menor.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da decisão, pois frequentar escola inclusiva é direito subjetivo da menor, fundamentado no princípio da igualdade.

Alega que a negativa de professor auxiliar à agravante impede o exercício ao direito à educação, cuja necessidade é inadiável e premente.

Requer, assim, a antecipação dos efeitos da tutela para impor à agravada a obrigação de fornecer professor auxiliar à criança, e, no mérito, que seja reformada a decisão do juízo de origem, fls. 1/8.

Indeferida a liminar, fls. 54, foram prestadas as informações, fls. 58/59 e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, fls. 62/64.

É o relatório.

Com o respeito que merece o entendimento do relator, este voto é divergente.

Como bem observado pela juíza de primeiro grau na decisão que deferiu apenas em parte a tutela antecipada, fls. 50/51, embora tenha sido comprovado que a menor, portadora de epilepsia e paralisia cerebral, necessite de cuidados

Acesso ao Sumário

a serem prestados por cuidadora, não restou demonstrado, ao menos por ora, a necessidade de professor auxiliar.

Pela leitura dos documentos de fls. 46 e 52, nota-se que o médico que solicitou professor auxiliar para acompanhamento da menor não explicou de maneira detalhada motivo que justificasse a designação de professor exclusivo para a agravante.

Sem entrar no mérito da capacidade técnica do médico que firmou os relatórios médicos de fls. 46 e 52, discutível até mesmo a legitimidade do profissional da saúde para prescrever que professor auxiliar atenda com exclusividade a agravante.

Assim, agiu corretamente a magistrada ao deferir apenas parcialmente a tutela, a fim de aguardar a vinda de outros elementos que comprovem a efetiva necessidade de professor auxiliar.

Não é demais lembrar que a situação do ensino público não permite que professor seja designado desnecessariamente para acompanhamento exclusivo de uma única aluna.

Do exposto, com todo o respeito pelo entendimento contrário, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 1552)

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão de fls. 50/51, que concedeu apenas em parte a tutela pleiteada, determinando a disponibilização de um auxiliar para acompanhar a menor, portadora de doenças incapacitantes, sob o argumento de que não há comprovação da necessidade de professor auxiliar até o momento.

Agrava a interessada (fls. 02/08), alegando, em apertada síntese, que: é portadora de deficiência neuropsicomotora (epilepsia e paralisia cerebral) e necessita do auxílio de um professor auxiliar para acompanhá-la durante suas atividades escolares; frequentar escola é um direito público subjetivo e é dever do Estado fornecer atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; deve ser respeitado o princípio da isonomia.

O agravo foi processado sem concessão de efeito ativo (fls. 54).

Foram prestadas as informações pelo MM. Juízo (fls. 58/59).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 62/64).

É o relatório.

Decido:

Acesso ao Sumário

Inicialmente, observo não ser este o momento para julgar a causa, o que primeiro caberá ao MM. Juiz na origem. E, nos restritos limites do presente agravo de instrumento, dou-lhe provimento, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Pelo que se depreende de todo o processado, ficou demonstrado que a criança é, de fato, portadora de necessidades especiais (fls. 46/47). Nem se questione a respeito da gravidade da patologia que acomete a menor, bem como da necessidade de profissionais adequadamente preparados para integrá-la ao ambiente de estudo.

Em cumprimento à determinação de fls. 42 do r. juízo de origem, a menor juntou o relatório médico de fls. 46, que, embora sucinto, é suficiente para apontar a necessidade não apenas da cuidadora, mas também do professor auxiliar. As patologias da menor são graves e incapacitantes (fls. 47).

Com efeito, a contratação de profissionais, tais como o professor auxiliar, tem por objetivo prestar todos os cuidados necessários à criança portadora de necessidades especiais, em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Aliás, em relação aos portadores de deficiência, existem expressas disposições protetivas, seja no art. 23, II, da Constituição Federal, ou mesmo na Lei Federal nº 7.853/89, que cuida especificamente dos direitos dessas pessoas e a qual estabelece, já em seu art. 2º, que "*Ao Poder Público e seus órgãos cabe 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*".

Portanto, na hipótese, estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela pretendida.

Além disso, a respeito da matéria, conferir arestos desta Câmara Especial no sentido de que:

> "*APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO, CONSIDERADO INTERPOSTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Disponibilização de professor para acompanhamento de aluno portador de necessidades especiais. Atendimento especializado resguardado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Inteligência dos artigos 206, inciso I e 208, inciso III, da Constituição Federal, 54, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como 58 e 59, da Lei 9.394/96. Imputação de multa diária pelo atraso no cumprimento da obrigação. Possibilidade. Valor fixado que se mostra excessivo. Redução. Condenação da Fazenda Estadual ao pagamento de honorários*

sucumbenciais à Defensoria Pública. Impossibilidade. Súmula 421 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso do Município de Sorocaba não provido, apelação da Fazenda do Estado de São Paulo e reexame necessário, considerado interposto, parcialmente providos" (Apelação nº 0038404-51.2009, Câmara Especial, Rel. Camargo Aranha Filho).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Concessão de liminar de antecipação de tutela em ação civil pública. Obrigação de fazer, consubstanciada na contratação de professor auxiliar em sala de aula, e de um cuidador para criança portadora de paralisia cerebral. Presença dos requisitos legais da prova da verossimilhança das alegações, bem como do receio de dano grave ou de difícil reparação. Previsão pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Astreintes. Cabimento. Recurso improvido*" (Agravo de Instrumento nº 0190269-79.2012, Câmara Especial, Rel. Camargo Aranha Filho).

De qualquer forma, à luz do contraditório e do princípio da ampla defesa, a questão poderá ser examinada com mais profundidade na sentença e em eventual recurso de apelação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dava provimento ao agravo** para conceder a tutela pleiteada pela menor.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator sorteado vencido

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0005080-75.2013.8.26.0361/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante Município de M., é agravada G.S.G. (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 39.107)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 28 de abril de 2014.

Acesso ao Sumário

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a apelo do Município de M., por força do disposto no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil – Mera reiteração das alegações do apelo – Repartição constitucional de competência que impõe ao Município o dever de atuar prioritariamente na educação infantil mediante a oferta de vaga em unidade educacional. Decisão que se mostra em harmonia com a jurisprudência dominante desta Corte e dos Tribunais Superiores – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno, tido como regimental, interposto contra a r. decisão que negou seguimento, de plano, ao recurso de apelação apresentado pelo Município recorrente contra sentença proferida pelo MMº Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Mogi das Cruzes que, tornando definitiva a liminar concedida, determinou ao ora agravante o fornecimento de vaga em creche municipal mais próxima da residência da criança G.S.G. (fls. 73/79).

Sustenta o recorrente, basicamente, as mesmas razões elencadas na apelação (fls. 88/96). Salienta que os recursos para educação estão concentrados principalmente na esfera federal que, não obstante contar com 60% de todas as receitas dos tributos, restringe os repasses aos demais entes, em patente violação do pacto federativo e ao regime democrático. Ressalta que a União deveria também figurar no polo passivo da ação e que o Município, apesar de reconhecer a importância do Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais, outras questões igualmente relevantes trazidas pelo constituinte deveriam ser consideradas, entre as quais aquelas afetas ao princípio federativo e as repartições de competência entre os entes políticos. Por fim, ressalta que a questão (vaga em creche) teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no agravo de instrumento nº 761.908. Pede, assim, a reforma da decisão monocrática e, consequentemente, o provimento do presente recurso (fls. 130/134).

É o relatório.

Tem sido reiteradamente decidido que o acesso à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de

Acesso ao Sumário

zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, IV, da CF/88, e 54, IV, do ECA. E, esse entendimento, ao menos enquanto não sobrevier decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal no AI nº 761.908, em que reconhecida repercussão geral acerca da autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal, permanece sendo adotado nesta Corte de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 23, inciso V, da Constituição Federal dispõe que "*é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência*". O inciso IV do artigo 208, por sua vez disciplina que "*o dever do Estado com educação será efetivado mediante garantia de educação infantil, em creche ou pré-escola, às crianças até cinco anos de idade*", elevando "*o acesso gratuito obrigatório*" à categoria de direito público subjetivo (art. 208, § 1º, da CF). Não bastasse, prevê, expressamente, o art. 54, § 1º, do Estatuto da Criança e Adolescente que "*o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*". E, do mesmo modo, art. 53, *caput* e incisos I a V, prescrevem que: "*Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – direito de ser respeitado por seus educadores; III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV – direito de organização e participação em entidades estudantis; V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência*".

Aludidos dispositivos e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (*Lei nº 9.394/96*), asseguram às crianças, de maneira indistinta e com absoluta prioridade, a assistência integral à educação, no que se insere o acesso à creche e pré-escola aos menores de zero a cinco anos. Dessa forma, o Município tem de realizar de imediato as providências determinadas, assegurando e garantindo a efetividade dos direitos previstos na Constituição, violados quando da negativa do Poder Público em prover a colocação em creche na forma pleiteada, necessária para o desenvolvimento sadio dos menores.

A respeito da matéria, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO, já deixou assentado que "*conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa*". (STF, RE nº 432.773/SP, j. 15.09.2004, DJ de 22.10.2004, p. 77).

No mais, reportando-se o presente agravo, na essência, aos mesmos

Acesso ao Sumário

fundamentos utilizados no recurso de apelação, com a finalidade única de obter um pronunciamento do Colegiado, impõe-se repisar os principais argumentos dispendidos na decisão monocrática.

Frise-se que não se está violando o princípio da discricionariedade estatal, porquanto o acesso à educação infantil é direito fundamental, que não pode se subordinar a critérios de exclusivo pragmatismo governamental, consoante já se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

"*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*" (AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 464.143, Segunda Turma, Relª. Ellen Gracie, j. 15.12.2009).

Depois, o fato de a administração pública procurar estabelecer ou criar metas, critérios e central de vagas para o atendimento à educação não lhe permite vulnerar direito fundamental individual, assegurado expressamente pela Constituição Federal.

Tampouco se vislumbra a alegada violação do princípio constitucional da separação dos poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário fazer valer os comandos constitucionais, dentre eles o direito à educação.

Nesse diapasão também já se pronunciou expressamente o Supremo Tribunal Federal:

"*Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional*" (RE nº 603575 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Eros Grau, j. 20.4.2010).

No mesmo sentido são os seguintes precedentes desta Câmara Especial:

"*(...) 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 pela legislação infraconstitucional, que prejudica o direito da criança – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Manutenção da sentença" (Reexame Necessário nº 179.418-0/0-00, Relª. Maria Olívia Alves , j. 14.9.2009).

"*Neste sentido, e ao contrário do alegado, eventuais dificuldades orçamentárias do apelante e superlotação dos estabelecimentos de ensino infantil na rede municipal não bastam para justificar o desatendimento de direito fundamental constitucionalmente assegurado. A obrigação da Administração Pública é organizar seus recursos de modo a propiciar vagas a todas as crianças que necessitarem*" (Apelação nº 990.10.025.152-0, Rel. Maia da Cunha, j. 10.5.2010).

Ademais, referida matéria já está sumulada nesta Corte de Justiça, consoante se infere da Súmula nº 65, que dispõe *in verbis*: "*Não violam os princípios constitucionais da separação e da independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinem 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*".

Portanto, denota-se que o presente recurso visa apenas rediscutir teses já afastadas pela jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores, questões absolutamente pacificadas, conforme se pode notar da transcrição acima, não se vislumbrando negativa de vigência ou violação aos suscitados todos da Constituição Federal, não sendo preciso nada mais acrescentar para a confirmação da decisão monocrática.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo interno e se mantém, na íntegra, a decisão monocrática agravada.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016599-18.2013.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes E.G.S. (MENOR), L.P.M. (MENOR), F.F. (MENOR) e W.S.M. (MENOR), é apelado

PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 4ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

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 26859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) E RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de maio de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE – ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO ROUBO ARMADO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS, RECEPTAÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DEMONSTRADAS – MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS QUE LEVAM EM CONTA AS CONDIÇÕES PESSOAIS DE CADA ADOLESCENTE ENVOLVIDO NO ATO INFRACIONAL – RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

1. A r. sentença de fls. 188/193, declarada às fls. 229/20 (sic), cujo relatório se adota, acolheu representação do Ministério Público fundada em ato infracional equiparado ao do art. 157, § 2º, incisos I e II, art. 180, "caput" e art. 157, § 2º, incisos I, II e V, por duas vezes, e art. 157, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, aplicando aos adolescentes W.S.M., F.F., E.G.S. e L.P.M. a medida socioeducativa de internação.

Inconformados, recorrem os adolescentes.

EGS e LPM (fls. 242/256) alegam inexistir nos autos prova plena da autoria do ato infracional equiparado: a) ao roubo ocorrido no dia 05/10/2013 em relação a E.G.S.; b) à receptação dolosa em relação a E.G.S. e L.P.M.. Entendem que a representação por latrocínio tentado deve ser desclassificada para roubo majorado. Subsidiariamente, pretendem a substituição da medida socioeducativa de internação por outra, preferencialmente em meio aberto.

F.F. (fls. 275/291), preliminarmente, pugna pela necessidade de prévia submissão do adolescente a estudo psicossocial. Alega ter aquiescido em

Acesso ao Sumário

participar de ato infracional assemelhado ao furto, razão pela qual não pode responder pelo resultado gravoso praticado por seu comparsa, posto "*dissonante do prévio ajuste*". No mais, pretende a substituição da medida socioeducativa de internação por liberdade assistida, decorrência de sua participação de menor importância e da excepcionalidade da medida extrema.

W.S.M. (fls. 292/302) alega não ter participado da ação criminosa e, ainda fosse o caso, seria hipótese de se reconhecer a participação de menor importância. Defende a atipicidade material do fato em razão do princípio da insignificância ou, alternativamente, a desclassificação para a forma tentada. Alega que a majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, deve ser afastada em razão de não ter empregado arma de fogo na ação. Por fim, bate-se pela redução da reprimenda.

Processados os recursos com contrarrazões (fls. 304/310), foram recebidos (fls. 311).

A d. Procuradoria de Justiça (fls. 316/319) requer o improvimento dos apelos.

É o relatório.

2. Respeitado o entendimento expressado pelos dignos signatários das razões recursais, tem-se que a autoria e a materialidade dos atos infracionais são inquestionáveis e as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes são adequadas à espécie.

Com efeito, a materialidade e autoria do ato infracional encontram-se devidamente comprovadas pelo teor do boletim de ocorrência policial (fls. 07/22), auto de apreensão (fls. 51/55), bem assim os depoimentos prestados pelas vítimas e testemunhas.

Segundo consignado no boletim de ocorrência policial: a) E.G.S. em concurso com imputável e dois agentes não identificados, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram de A.A. seu veículo automotor GM-Astra e pertences pessoais, dentre eles uma pistola calibre 40 de propriedade da Polícia Militar do Estado de São Paulo; b) entre os dias 28/09 e 08/10/2013, os adolescentes W.S.M., F.F., E.G.S. e L.P.M., acompanhados do imputável Jeferson e um terceiro não identificado, receberam em receptação o veículo automotor Nissan-Versa, de propriedade de S.G.S.; c) no dia 08/10/2013, os adolescentes W.S.M., F.F., E.G.S. e L.P.M., o imputável Jeferson e um terceiro não identificado, tentaram subtrair, mediante ameaça com emprego de arma de fogo, peças de roupas e vestuários de estabelecimento comercial, assim como pertences pessoais das vítimas que se encontravam no local, F.N.S. e Z.B.S., privadas de sua liberdade. Na ocasião, os agentes tentaram morte da vítima F.N.S.. Detidos e conduzidos à delegacia de polícia, os adolescentes foram reconhecidos pelas vítimas.

Acesso ao Sumário

De fato, a dinâmica fática narrada pelos policiais militares que atenderam a ocorrência de roubo é a de que os adolescentes encontravam-se no interior do estabelecimento comercial e, deparando-se com a ação policial, tomaram as vítimas como reféns. E.G.S. alegou ter sofrido um tiro acidental, rastejando para fora. Jeferson, em seguida, entregou sua arma para F.F. e entregou-se juntamente com a liberação de uma das vítimas. F.F. e L.P.M., contudo, subiram ao andar superior com a vítima remanescente, mantendo-se a arma apontada para sua cabeça. L.P.M. tentou evadir-se pelos fundos e F.F., vendo-se encurralado, acabou por liberar a vítima, jogando ao chão a arma de fogo, um revólver de calibre 38, oxidado, com a numeração raspada, capacidade para cinco tiros, municiado com quatro projéteis, um deles deflagrado.

Referida versão foi corroborada pelas vítimas (fls. 34/35 e 36/37), sendo certo que F.N.S. esclareceu que, em dado momento, "***tentou tirar a arma de um dos roubadores, o qual foi nesta distrital identificado como E.G.S., sendo que outros dos comparsas, percebendo sua ação, veio em sua direção e passou a desferir golpes em sua cabeça, o qual foi posteriormente identificado como Jeferson. Decorre que, dessa sua investida na arma de seu roubador, um disparo acabou sendo efetuado, enquanto lutava para tomar a arma de suas mãos e este disparo veio a atingir a perna deste indivíduo, vindo também o carregador da arma cair ao chão***".

Não merece, pois, acolhimento qualquer tese de participação de menor importância porque, na hipótese dos autos, o que se verifica é uma perfeita divisão de tarefas, na medida em que cada um dos roubadores foi responsável por toda a ação criminosa, independente de qual deles estivesse portando a arma. Havia, então, uma divisão de funções em que cada infante tinha o domínio do fato acerca de parcela do ato delitivo.

Quanto ao roubo do Nissan-Versa, a vítima S.G.S. (fls. 38) afirmou que se encontrava em trânsito com o passageiro A. (fls. 39) quando, em dado momento, foi "***fechada por dois outros autos, contendo quatro indivíduos no interior de cada um, os quais a impediram de prosseguir ... logo em seguida ela e A. foram abordados por três deles, dos quais dois empunhavam armas de fogo e mediante grave ameaça roubaram o veículo dela ... bem como a sua mochila ... S. e A. foram levadas a sala própria ... um de cada vez, onde após olharem atentamente para o ora indiciado e os ora adolescentes infratores, não os reconheceu***".

Por fim, quanto ao roubo do GM-Astra e a pistola 40 de propriedade da Polícia Militar, foi expressado (fls. 33 e 184) pela vítima que "***estava em frente à residência da tia de sua amiga ...onde foi rendido por quatro ladrões, um dos quais empunhava uma pistola de calibre 380 e, mediante grave ameaça, roubaram o seu veículo ...bem como a sua pistola 40, da corporação ...que seu veículo fora encontrado no mesmo dia ...foi levado a sala própria ...onde reconheceu ...o indiciado identificado como***

Acesso ao Sumário

Jeferson e o adolescente E.G.S., como sendo autores ...os quais estavam acompanhados de outros dois meliantes".

Importante a versão da dinâmica fática narrada pela vítima, pois, como expressado em precedente parelho do e. Superior Tribunal de Justiça, "***em se tratando de delitos patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima assume especial relevância***".[1] Ou seja, "***a palavra da vítima, tanto nos delitos patrimoniais como nos delitos sexuais, assume vital importância pois são de regra praticados na clandestinidade***".[2] No mesmo sentido, já se decidiu que "***em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância***".[3] Ainda, "***em se tratando de roubo a palavra da vítima, a quem em nada aproveita uma falsa e leviana incriminação de inocente, tem capital importância como elemento probatório, prevalecendo inclusive sobre a palavra do acusado***".[4]

Note-se que os adolescentes confessaram a prática dos atos infracionais, de modo que o depoimento das vítimas e testemunhas conferem respaldo probatório suficiente para a responsabilização na esfera do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto à medida socioeducativa adequada, tem-se que o artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que, *"****na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento***". Por sua vez, o artigo 121, do mesmo diploma legal, prevê os princípios que regem a medida de internação: ***brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento***.

O reconhecimento, pois, de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas, de modo que a prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva.

Desse modo, ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que, nesta condição, devem ser orientados, a medida socioeducativa a ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, há de levar em conta a "*sua capacidade*

1 AREsp 437360,. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 06/12/2013.

2 Apelação Criminal 9138537-52.2002.8.26.0000, Rel. Des. Celso Limongi.

3 JUTACRIM 91/407.

4 TACRIM – Relator Barbosa de Almeida – RJD 43/235.

Acesso ao Sumário

de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)."

Destarte, para a avaliação da **capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa**, deve-se observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização).

Na hipótese vertente, verifica-se que a prática de roubo armado em concurso de pessoas, por si só, autoriza a aplicação da medida de internação em face do que dispõe o art. 122, inciso I, do ECA. Nada obstante, ainda se considere a excepcionalidade da medida (art. 122, § 2º, do ECA), plenamente justificada para o caso, pois, como bem expressado pelo magistrado de primeiro grau, a conduta dos adolescentes denota elevada inserção no meio criminoso. Nada obstante, os laudos polidimensionais atestam que: a) W.S.M. não possui respaldo familiar adequado, sendo certo que sua genitora é mãe e o pai não exerce autoridade sobre o filho, usuário de drogas e envolvido com o meio infracional; b) E.G.S. já se envolveu com ato infracional equiparado ao crime de receptação (fls. 76/78); c) F.F. (fls. 117/121) demonstrou necessitar de orientações sistemáticas, pois "em relação às atitudes ilícitas estava se estruturando", sem que sua genitora sequer visualizasse nisso uma conduta de risco. Além disso, é reincidente e já passou por medidas de advertência e prestação de serviços, sem que disso resultasse efeitos positivos; d) L.P.M., tal como F.F. (fls. 68/75), é reincidente e já passou por medidas de advertência e prestação de serviços, sem que disso resultasse efeitos positivos.

Logo, os adolescentes demandam rigoroso acompanhamento integral a fim de orientá-los, fazendo-os ponderar sobre seus atos, corrigir seus comportamentos e adotar valores socialmente positivos. As medidas socioeducativas aplicadas, nesse passo, são salutares e estão em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013658-97.2013.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que são apelantes W.C.S. (MENOR) e R.S.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE EMBU DAS ARTES.

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 24.426)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de junho de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente qualificado. Adolescentes que, valendo-se de uma arma de fogo, abordam as vítimas, agridem uma delas e subtraem um par de tênis e um telefone celular, fugindo em seguida. Detenção pouco tempo depois por policiais que os apreenderam junto a uma arma de fogo e aos bens subtraídos. Palavras das vítimas, que os reconheceram como autores do roubo, em tudo respaldada pelo relato coerente do policial. Prova oral hábil. Qualificadoras do ato infracional equiparado a roubo, bem demonstradas. Procedência da representação com aplicação de medida de internação. Medida socioeducativa adequada e proporcional à gravidade do fato, ao desvio social dos infratores e à evidente situação de risco em que se encontram. Apelos improvidos, afastadas as preliminares.

VOTO

Apelações interpostas contra sentença que submeteu os menores **W.C.S.** e **R.S.S.** à medida de internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustenta o adolescente W., preliminarmente, que a defesa não foi intimada tempestivamente e em tempo hábil para oferecimento de defesa prévia e rol de testemunhas, nos termos do artigo 186, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa. No mérito, destaca a insuficiência probatória. Alega que a afirmativa do policial militar, única testemunha ouvida, no sentido de que encontrou uma sacola plástica contendo os bens roubados não constitui prova suficiente, uma vez que nada foi encontrado em poder dele. Afirma que jamais admitiu a conduta a ele imputada, aduzindo que apenas estava na companhia de infratores em local inconveniente e na hora errada. Insurge-se também contra a internação,

Acesso ao Sumário

ressaltando que é primário e possui bons antecedentes, além de apoio familiar para a subsistência e educação. Pede, portanto, a anulação da sentença, determinando-se a renovação do julgamento observado o procedimento descrito no artigo 186, § 3º, do ECA. Ultrapassada a preliminar arguida, busca a improcedência da representação e, subsidiariamente, a substituição da medida socioeducativa de internação pela liberdade assistida e uma vaga em escola. Requer ainda a liberdade até o trânsito em julgado da ação salientando que permaneceu custodiado na delegacia de polícia por mais de seis dias (folhas 85/92).

R., por sua vez, também assevera, preliminarmente, que a defesa não foi intimada tempestivamente e em tempo hábil para oferecimento de defesa prévia e rol de testemunhas, nos termos do artigo 186, § 3º, do ECA, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa. No mérito, destaca a insuficiência probatória. Alega que a afirmativa do policial militar, única testemunha ouvida, no sentido de que encontrou uma sacola plástica contendo os bens roubados não constitui prova suficiente, uma vez que nada foi encontrado em poder dele. Insurge-se também contra a internação, ressaltando que é primário e possui bons antecedentes, além de estudar e ter respaldo familiar. Pede, portanto, a anulação da sentença, determinando-se a renovação do julgamento observado o procedimento descrito no artigo 186, § 3º, do ECA. Ultrapassada a preliminar arguida, busca a improcedência da representação e, subsidiariamente, a substituição da medida socioeducativa de internação pela liberdade assistida. Requer ainda a liberdade até o trânsito em julgado da ação salientando que permaneceu custodiado na delegacia de polícia por mais de seis dias (folhas 93/102).

Processados os recursos, com resposta, subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (folhas 120/123).

É o relatório.

Analiso as preliminares, repelindo-as.

Não há a nulidade apontada. A uma, porque, apesar de a intimação dos advogados realmente ter ocorrido após o prazo previsto no artigo 186, § 3º, do ECA, os I. Defensores subscritores das razões dos recursos estavam presentes à audiência de instrução, debates e julgamento e não se insurgiram contra sua realização. Poderiam ter requerido a abertura de novo prazo para que oferecessem a defesa prévia. Por outro lado, apenas ressaltaram o fato de que tinham sido intimados no dia anterior e pediram a improcedência da representação e, subsidiariamente, a aplicação da liberdade assistida (folhas 57), de sorte que o questionamento estaria precluso. A duas, porque não cuidou a defesa em apontar qual teria sido o prejuízo, com a nota de que não foram apontados nos apelos quem seriam as testemunhas arroladas e em que medida

Acesso ao Sumário

elas poderiam alterar o quadro probatório dos autos. E, como é sabido, não se reconhece nulidade sem prova do prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. De mais a mais, os advogados tiveram contato na audiência de instrução, debates e julgamento com os adolescentes e as responsáveis legais deles de modo que poderiam naquele ato ter requerido à E. Magistrada a oitiva de testemunhas de defesa.

O pretendido direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença, no caso, não tem razão de ser e afronta, em última análise, os objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte o princípio da proteção integral.

Data venia, aguardar o trânsito em julgado da sentença para dar início ao cumprimento da medida socioeducativa, na hipótese dos autos, equivale a negar aos adolescentes o tratamento e acompanhamento de que necessitam sob o pretexto de obediência a garantias que não podem ser interpretadas de forma absoluta, vez que a própria legislação processual prevê mecanismos de exceção (*v.g.* a internação provisória, prevista no artigo 108, do ECA).

Daí porque não era mesmo caso de se deferir ao paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade, mostrando-se correto, portanto, o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, único cabível nos casos de antecipação da tutela (artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil), e a consequente expedição do mandado de busca e apreensão, como forma de dar cumprimento imediato ao processo de recuperação do menor e possibilitar seu retorno ao convívio social.

A medida, de resto, materializa os princípios da proteção integral e da contemporaneidade, insculpidos no artigo 100, incisos II e VIII, do ECA.

Ao mérito.

Aos recorrentes foi imputada a prática de ato infracional equiparado a roubo duplamente qualificado. Narra a representação que no dia ..., às ..., na Rua ..., altura do nº ..., na Cidade de ..., eles, em concurso com outros três indivíduos não identificados, subtraíram, para proveito de todos, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra as vítimas K.C.C.S. e J.R.C.S., um aparelho celular e um par de tênis, pertencentes à vítima J..

Segundo a inicial, os adolescentes R. e W. e outros três indivíduos ainda não identificados se dirigiram até a Rua ... a fim de roubarem bens de transeuntes no local. Ali chegando, os adolescentes e os outros indivíduos, mediante emprego de arma de fogo, que era portada pelo adolescente não identificado de nome "H.", anunciaram o assalto a K. e J., que andavam pela via pública. Em seguida, os menores determinaram que J. entregasse a eles seu par de tênis e seu aparelho celular, o que foi feito. Ato contínuo, os autores do ato infracional fugiram.

Relata a representação que assim que os adolescentes apoderaram-se dos

Acesso ao Sumário

pertences de J. as vítimas viram uma viatura da polícia que fazia patrulhamento pelo local e pediram socorro. Em perseguição, três dos agentes conseguiram escapar, ao passo em que W. e R. foram apreendidos pelos policiais. Com eles foram encontrados os bens roubados e a arma de fogo usada no roubo.

Na delegacia, os apelantes permaneceram em silêncio (folhas 10).

Em oitiva informal perante a Representante do Ministério Público, R. negou a prática do ato infracional. Disse que encontrou os conhecidos W. e H., além de um indivíduo desconhecido, no Jardim ... e decidiram ir embora para casa juntos. No trajeto, H. mostrou-lhe que estava armado e, em certo momento, avistaram as vítimas, oportunidade em que o indivíduo desconhecido, amigo de H., abordou os ofendidos, anunciando o assalto. Afirmou que H. apontou a arma de fogo para as vítimas. Alegou que não sabia que H. e o colega iriam praticar o roubo. Acredita que W. sabia da intenção dos demais. Na mesma oportunidade, a genitora de R., M.S.S.S., aduziu que o filho nunca se envolveu em qualquer tipo de problema e apresenta bom comportamento. Disse que R. não estava estudando. Ele fazia um curso no SENAC por causa do trabalho como "Jovem Aprendiz", mas acabou desistindo. Aduziu que ele voltará para a escola em 2014 (folhas 25).

W., em oitiva informal perante a Representante do Ministério Público, também negou a prática do ato infracional. Afirmou que encontrou o conhecido R. no Jardim ..., numa casa de show denominada .... Disse que R. estava em companhia de H. e outro indivíduo, conhecidos dele. Quando estavam indo embora avistaram as vítimas, oportunidade em que R. e os conhecidos as abordaram, anunciando o assalto. A arma de fogo estava em poder de H.. Alegou que não sabia que R. e os colegas iriam praticar o roubo. Na mesma oportunidade, a mãe de W., M.A.C., asseverou que o filho nunca se envolveu em qualquer tipo de problema e apresenta bom comportamento. Falou que ele não estava estudando (folhas 26).

Em juízo, R. disse que não estudava há 3 meses porque estava fazendo um curso e trabalhando, o que causou um excesso de faltas na escola. Depois também saiu do trabalho. Falou que estava com W. e mais dois meninos. Alegou que foram os dois meninos que praticaram o roubo. Estavam indo embora no momento em que os policiais chegaram e pediram para que eles parassem, porém os meninos que estavam com a arma e o tênis correram e jogaram os bens, enquanto W. e ele, que não tinham nada a ver com o ato, ficaram. Um dos meninos se chamava H. e o outro ele não conhecia. Quem portava a arma era H.. Estava com os "meninos", os quais disseram que iriam roubar uma moto e não um tênis (mídia digital a folhas 55).

W., em juízo, falou que não estava estudando porque esperava por vaga após tê-la perdido em razão de faltas. Disse que trabalha. Falou que estava com

Acesso ao Sumário

mais três indivíduos: R., H. e outro indivíduo desconhecido. H. estava com a arma, mas não sabia disso. Não participou do ato, falou que estava lá por causa de uma festa. Apenas acompanhou o ato de uma certa distância, tinha somente a intenção de furtar. Percebeu a existência da arma de fogo apenas quando H. a mostrou após terem abordado a vítima e exigido a entrega do tênis. Correram na mesma direção em que ele estava indo embora (mídia digital a folhas 55).

A vítima K.C.C.S. disse que voltava para casa andando em companhia do irmão J. quando cinco indivíduos os abordaram e falaram "perdeu, perdeu" porque J. estava com o tênis e o aparelho celular, porém ele se recusou a entregar. Então, um deles apontou a arma para ela e os outros empurraram e agrediram J. com chutes. Disse que um deles retirou o tênis e outro subtraiu o telefone celular. A arma não estava em poder dos representados, que empurraram J. (mídia digital – folhas 121).

O ofendido J.R.C. narrou que estava em companhia da irmã K. quando cinco indivíduos os abordaram dizendo "perdeu, perdeu" e exigindo a entrega do tênis e do telefone celular. Enquanto um dos indivíduos apontou a arma para K. os outros quatro tiraram o tênis dele e o agrediram com uma coronhada no joelho e um chute na mão. Disse que foi segurado pelos agentes e agredido pelo indivíduo que portava a arma. Os indivíduos, então, saíram correndo. Em seguida, passou uma viatura policial e apontou aos policiais a direção para onde os agentes tinham fugido (mídia digital – folhas 121).

O policial militar G.B.M. contou que estavam em patrulhamento quando, na Avenida ..., próximo ao local em que os recorrentes foram apreendidos, as duas vítimas pediram ajuda informando que tinham sido vítimas de um roubo por cinco indivíduos com a utilização de arma de fogo em que tinham sido subtraídos tênis e um aparelho celular. Afirmou que foram noticiadas as características dos indivíduos e, em patrulhamento a duas ruas atrás do local os viram, mas três conseguiram fugir e dois foram apreendidos. No chão do local em que foram abordados, junto com os representados, havia uma sacola contendo os bens subtraídos e um revólver 32 municiado. Falou que os apelantes admitiram a prática do ato infracional, mas não forneceram os dados dos indivíduos que fugiram. Contou que os apelantes foram reconhecidos pelas vítimas na delegacia de polícia (mídia digital – folhas 121).

Esse quadro evidencia, com absoluta clareza, o ato infracional equiparado a roubo duplamente qualificado perpetrado pelos menores R. e W.. Eles, em companhia de outros três indivíduos, valendo-se de uma arma de fogo, abordaram as vítimas, agrediram-nas com uma coronhada e chutes e subtraíram seus bens, consistentes em um par de tênis e um aparelho de telefonia celular, fugindo em seguida. Policiais em patrulhamento, após serem informados do roubo pelos ofendidos, avistaram os autores do ato infracional próximos ao local dos fatos, sendo que três deles conseguiram fugir, mas os apelados foram apreendidos. No

Acesso ao Sumário

chão do local os milicianos encontraram junto aos representados uma arma de fogo e os bens roubados. Os adolescentes, então, foram conduzidos ao distrito policial, onde os ofendidos os reconheceram, sem sombra de dúvidas, como os autores do ato.

Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando o relato se reveste de coerência, robustez e segurança e não demonstra qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, deve ser aceito como elemento hábil à procedência da representação, suportando o agente, então, o ônus de contrastá-lo, o que, na espécie, não foi feito.

Aliás, "a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto" (RJTACRIM – vol. 39 – Relator Juiz **RENATO NALINI**).

O relato do policial, anote-se, é coerente e está em perfeita sintonia com a prova colhida, com a nota de que não há um único indício – nem houve prova a respeito – de que tenha agido de forma abusiva ou para consciente e injusto prejuízo dos adolescentes. Frise-se que a presunção, "data venia", é de idoneidade dos testemunhos, competindo à defesa a prova, ainda que indiciária, do abuso ou vício na conduta dos agentes da lei, que não foi produzida. É verdade que a prova nem sempre é fácil. Mas não se pode lançar na lama as palavras de agentes públicos sem qualquer indício a respeito.

A procedência da representação, portanto, era mesmo de rigor, com a nota de que os adolescentes foram apreendidos pouco tempo após o roubo e junto a "res".

As causas de aumento do ato infracional equiparado a roubo foram bem reconhecidas porque, como já dito, não há dúvida de que os adolescentes praticaram o ato infracional em concurso e valendo-se de arma de fogo (auto de exibição e apreensão – folhas 12). De mais a mais, se a palavra da vítima vale para afirmar a autoria do ato infracional, com mais razão vale para comprovar particularidades dele, como o concurso de agentes e o emprego de arma. O que importa é a realidade do uso da arma e a potencialidade intimidativa dela, presentes no caso.

A aplicação da medida socioeducativa de internação, não obstante os argumentos trazidos pela Defesa, foi bem justificada na sentença e é proporcional à gravidade dos fatos e ao desvio social dos menores infratores.

A hipótese é de ato infracional equiparado a roubo qualificado, delito que traz marcante intranquilidade à sociedade. Destaque-se que os adolescentes se

Acesso ao Sumário

associaram a outros três indivíduos e abordaram as vítimas, valendo-se de arma de fogo e também de agressões a uma delas, subtraíram um par de tênis e um telefone celular e fugiram. Tais circunstâncias denotam clara periculosidade e ousadia desmedida, e não apenas autorizam, mas impõem maior rigor na resposta do Estado. A primariedade dos menores em nada os beneficia, considerada a ação praticada, indicativa de total ausência de freios e de respeito pelo semelhante.

Ainda que os menores não ostentem envolvimentos em atos infracionais anteriores, a conduta praticada constitui indicativo claro da evidente situação de risco em que se encontram, expostos que estão a companhias que o levaram à prática de ato infracional gravíssimo, a reforçar a conclusão de que a medida extrema é mesmo necessária.

Esses fatos, aliás, demonstram que eles não têm condição de se recuperar sem a submissão à internação, como forma de fazê-los compreender a inadequação de suas condutas e promover sua ressocialização. A pretendida aplicação de medida socioeducativa diversa, no caso, mostrar-se-ia inócua.

Não se perca de vista, ainda, que o ato infracional praticado pelos apelantes está inserido no rol taxativo do artigo 122, do ECA, cujo inciso I prevê medida de internação quando se tratar de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ART. 122, INCISO I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Configurada uma das hipóteses elencadas no rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/90 é possível a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. O ato infracional equiparado ao delito de roubo é praticado com violência ou grave ameaça, o que autoriza a aplicação da medida extrema. 3. Ordem denegada" (HC 95352/SP, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08/06/2009).

A medida socioeducativa excepcional (internação), portanto, mostra-se adequada e necessária ao processo de reeducação dos menores.

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 0176952-77.2013.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE BARRETOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE BARRETOS.

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 39.187)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 7 de abril de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Desembargador Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação visando à repetição de indébito ante o alegado recolhimento indevido de contribuições previdenciárias – Matéria explicitamente retirada do âmbito dos Juizados Especiais por força do Provimento nº 1.769/2010 do Conselho Superior da Magistratura – Conflito Procedente – Competência do Juízo da 3ª Vara Cível de Barretos, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência deduzido entre o Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Barretos e do Juízo da 3ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por *Francisco Carlos Leme* em face do *Instituto de Previdência do Município de Barretos*.

Distribuída originariamente a ação para a 3ª Vara Cível, a MMª Juíza declinou de sua competência, sob o fundamento de que a questão não se relaciona a matéria previdenciária, determinando, por consequência, a redistribuição do

feito ao Juizado Especial Cível local (fl. 13). A Vara do Juizado Especial, por sua vez, entendeu que há nítida questão previdenciária ou fiscal em debate, impedido que o feito tramite pelo rito sumariíssimo (fls. 2/4).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 3ª Vara Cível de Barretos (fls.19/22).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os juízos se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda, nos termos previstos no artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

O escopo da Lei nº 12.153/09 foi facilitar o acesso à Justiça e a célere tramitação das "*causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, conforme se infere do disposto no seu artigo 2º, caput*".

Aludido Diploma Legal, em seu artigo 23, facultou aos Tribunais a possibilidade de limitar a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pelo período de cinco anos, de acordo com as necessidades da organização dos serviços judiciários.

Assim, por meio do Provimento nº 1.769/2010 do Colendo Conselho Superior da Magistratura, foram expressamente excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública as ações previdenciárias.

Considerando que, no caso em tela, da leitura da inicial (fls. 5/12), depreende-se que a postulação diz respeito à repetição de indébito sobre contribuições previdenciárias que teriam sido descontadas indevidamente de servidor público municipal, é inaplicável o Provimento nº 1.768/2010.

Em casos idênticos já se pronunciou esta Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória e condenatória visando o recálculo de proventos de aposentadoria, para fazer incluir na base de cálculo, a GAM – Gratificação por Atividade de Magistério – Demanda proposta no Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital – Impossibilidade – Provimento nº 1.768/2010 que em seu artigo 1º, exclui as ações previdenciárias da competência do Juizado Especial da Vara da Fazenda Pública – Conflito procedente – Competência de uma das Varas da Fazenda Pública da Capital*" (Conflito de Competência nº 0435439-61.2010.8.26.0000, Rel. Martins Pinto, j. 14.2.2011).

"*Conflito negativo de competência. Ação previdenciária ajuizada em face do Município – Lei 12.153/2009 que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública com competência absoluta para processar e julgar as causas cíveis de interesse dos entes da Federação até o valor de 60 salários mínimos – Provimento 1.769/2010 do CSM – Exclusão das ações previdenciárias, diante da possibilidade prevista no art. 23, da Lei 12.153/2009 – Competência*

temporária do Juízo Comum Cível, ora Suscitado" (Conflito de Competência nº 0120689-93.2011.8.26.0000, Rel. Presidente da Seção de Direito Privado, j. 8.8.2011).

"*CONFLITO NEGATIVO – Ação contra instituto de previdência dos servidores públicos municipais – Matéria Previdenciária – Aplicação do Provimento n. 1769/10, do Conselho Superior da Magistratura – Exclusão temporária da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Ressalva à aplicação da Resolução n. 1.768/10 – Conflito Procedente – Competência do Juízo Suscitado*" (Conflito de Competência nº 0120733-15.2011.8.26.0000, Rel. Maria Olívia Alves, j. 10.10.2011).

"*Conflito negativo de competência arguido pelos autores contra os dignos Juízes de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública e da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – Ação com escopo de revisão de proventos promovida por esses suscitantes contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Divergência acerca da forma pela qual se deve considerar o valor dado à causa – Irrelevância no caso sob exame – Hipótese na qual a ação sob exame versa a respeito de matéria previdenciária – Aplicabilidade do disposto no artigo 1º do Provimento 1.769/2010 do Conselho Superior da Magistratura – Restrição relativa à competência material dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Conflito que se julga procedente e, assim, se declara competente o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública desta Capital*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0154813-05.2011, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 16/01/2012).

"*Conflito Negativo de Competência – Ação de revisão de benefícios previdenciários – Matéria explicitamente retirada do âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública por força do Provimento nº 1.769/2010 do Conselho Superior da Magistratura – Limitação da competência facultada aos Tribunais ante o teor do artigo 23 da Lei nº 12.153/2009 – Competência do Juízo Suscitado*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0059651-46.2012, Rel. Des. Corrêa Vianna, j. 25/06/2012).

"*Conflito de Competência – Ação de natureza previdenciária distribuída para a 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, com valor da causa inferior a 60 (sessenta) salários mínimos – Redistribuição à Vara do Juizado Especial Cível da mesma Comarca, por se entender fixada a competência em razão do valor dado à causa – Ação de natureza previdenciária que afasta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública – Inteligência do artigo 1º do Provimento nº 1768/2010, com redação dada pelo artigo 1º do Provimento nº 1769/2010 – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado (3ª Vara da Fazenda Pública da Capital)*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0003209-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 16/04/2012).

Acesso ao Sumário

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de natureza previdenciária – Matéria expressamente excluída da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Inteligência do artigo 1º do Provimento nº 1.768/2010, com redação alterada pelo Provimento nº 1.769/2010, ambos do Conselho Superior da Magistratura – Conflito julgado Procedente – Competência do MM. Juízo suscitado*" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0117933-77.2012.8.26.0000, Des. Camargo Aranha Filho, j. em 25.2.2013).

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Barretos, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0203756-82.2013.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo, para declarar, de ofício, a competência do MM. Juízo de Direito de uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santo Amaro. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 7044-CFF/C)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 28 de abril de 2014.

CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO DA COMARCA DA CAPITAL. DEMANDA DISTRIBUÍDA NO FORO CENTRAL, QUE, TODAVIA, NÃO ABARCA A CIRCUNSCRIÇÃO DO DOMICÍLIO DO AUTOR OU DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE RESPALDO LEGAL A JUSTIFICAR A COMPETÊNCIA "RESIDUAL"

Acesso ao Sumário

DO FORO CENTRAL. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DIREITO SUBJETIVO DA PARTE AUTORA DE ESCOLHER DELIBERADAMENTE O JUÍZO EM QUE PRETENDE LITIGAR. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO TERRITORIAL DE COMPETÊNCIA E DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, A AUTORIZAR, EXCEPCIONALMENTE, A DECLINAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 33, DO C. STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO QUE AUTORIZAM O DESLOCAMENTO DA CAUSA AO JUÍZO CÍVEL DO FORO REGIONAL, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO O ENDEREÇO DA PARTE AUTORA E O FORO CONVENCIONADO ENTRE OS CONTRATANTES, NA MEDIDA EM QUE O DOMICÍLIO DO RÉU LOCALIZA-SE EM COMARCA DIVERSA, NÃO ELEITA. DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL NÃO CONFLITANTE. POSSIBILIDADE. CONFLITO CONHECIDO, COM A DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DIVERSO PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, por discordar da respeitável decisão do MM. Juízo de Direito da 10ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitado, que determinou a redistribuição do feito ao foro do domicílio do réu (fls. 20).

O Juízo suscitante alega, em síntese, que o contrato celebrado entre as partes contempla como foro de eleição a Comarca de São Paulo, sendo vedada a declinação de ofício da competência relativa (fls. 21).

Designado o Juízo suscitante para apreciar e decidir eventuais questões urgentes (fls. 69), a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela competência do MM. Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Capital (fls. 72/75).

É o relatório.

O conflito negativo de competência restou configurado, porquanto ambos

Acesso ao Sumário

os Juízos consideram-se incompetentes para processar e julgar o feito, nos termos do disposto no artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

A competência para conhecer e julgar a demanda, no entanto, é do MM. Juízo de Direito de uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santo Amaro.

A controvérsia instaurada cinge-se à ação ordinária da cobrança proposta por Craft Multimodal Ltda. em face de H.H.EL Jarouche Presentes – EPP, visando ao recebimento do valor de R$ 32.973,92, correspondente ao saldo de sobreestadias, decorrente do atraso na devolução dos contêineres utilizados para o transporte de mercadorias da ré, conforme previsão do contrato celebrado entre as partes (fls. 03/11).

A demanda foi proposta perante o Juízo Cível do Foro Central da Capital, com base em cláusula de eleição, sendo posteriormente redistribuída a uma das Varas Cíveis da Comarca de São Bernardo do Campo, considerado, para tanto, o endereço da parte ré (fls. 20).

Pois bem.

É cediço que se tratando de competência orientada pelo critério territorial, como na hipótese, e, portanto, de natureza relativa, é defeso ao Magistrado decliná-la, de ofício, por força do disposto nos artigos 112 e 114, ambos do Código de Processo Civil, e na Súmula nº 33, do Colendo Superior Tribunal de Justiça ("*a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*").

Ademais, de acordo com o disposto no artigo 111, do aludido diploma legal, é possível que haja a modificação da competência em razão do valor e do território, desde que por convenção das partes, "*elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações*".

No entanto, depreende-se do caso concreto particularidade que não pode ficar arredada de ponderação das aludidas regras.

Conforme se infere da exordial, a autora ingressou com a ação em comento perante o Juízo Cível do Foro Central da Capital, por força da cláusula inserta no contrato objeto do litígio, que elegeu a Comarca de São Paulo como competente para dirimir as questões oriundas da avença (vide fls. 07 e 19).

Todavia, observa-se que o endereço da Empresa autora localiza-se em área jurisdicional da competência do Foro Regional de Santo Amaro (vide fls. 81), enquanto que a ré se encontra localizada na cidade de São Bernardo do Campo/SP.

Malgrado o feito tenha sido corretamente ajuizado na Comarca eleita pelas partes (São Paulo), inexiste previsão legal a respaldar o direcionamento da causa ao Juízo do Foro Central da Capital, cuja competência, de acordo com as normas de organização judiciária vigentes, não abarca a circunscrição territorial atinente aos domicílios dos litigantes.

Acesso ao Sumário

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery assinalam que ***"o sistema processual brasileiro não permite a escolha, pelas partes, do juízo que deve julgar as ações decorrentes das relações jurídicas entre elas. Somente o foro pode ser eleito, mas não o juízo, pois isto contraria o princípio constitucional do juiz natural (CF 5º, LIII)". Tem sido relativamente comum a eleição contratual do 'Fórum João Mendes', onde se situam as varas centrais da comarca de São Paulo, em detrimento da competência dos foros ('rectius': juízos) regionais da capital paulista. Esta eleição é descabida e inválida. As partes podem eleger o foro da comarca de São Paulo, mas não escolher dentro dela o juízo apropriado para decidir lide existente entre elas. [...]. A competência de juízo regional, dentro de uma mesma comarca, é absoluta, não admitindo prorrogação nem derrogação por vontade das partes (JTJ 146/267). A incompetência de juízo regional deve ser reconhecida de ofício*** (*in* "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", Ed. RT, 12ª edição, 2012, pág. 445).

Nesse sentido, conquanto o foro da Comarca de São Paulo (*latu sensu*) seja relativamente competente para a causa, por força da convenção das partes contratantes, impõe-se, de igual modo, observância às regras de distribuição da competência interna dentre os diversos foros existentes no âmbito da comarca paulista.

Sobreleva consignar, a propósito, que as normas de organização judiciária do Estado de São Paulo (Resolução nº 02/76, alterada pela Resolução nº 148/2001, ambos deste Egrégio Tribunal de Justiça) conciliam tanto critérios de natureza absoluta, quando fundados na matéria, pessoa e no valor da causa, como critérios geográficos, estes, por seu turno, de natureza relativa.

Ocorre que referidas normas estabelecem a competência residual do Foro Central da Capital apenas no tocante aos Juízos Cíveis em relação aos Juízos Especializados, de modo que as causas que não forem da competência funcional destes, deverão ser perante aqueles processados e julgados.

Reiterativa a jurisprudência:

"Conflito negativo de competência. Varas Central e Regional da Capital. Ação de execução de título extrajudicial. Réu domiciliado em outra comarca. Propositura da ação no Foro Regional. Juízo que determina a redistribuição ao Foro Central, sob o argumento de que detém competência residual. Impossibilidade. Ausência de competência funcional absoluta. Competência territorial relativa que não pode ser declinada de ofício. Incidência da súmula 33 do C. STJ. Conflito procedente, para declarar competente o MM. Juízo suscitado." (Conflito de Competência nº 0115393-22.2013.8.26.0000, Rel. Carlos Dias Motta, DJ 24.02.2014)

"Conflito de competência. Varas Central e Regional da Capital. Réu domiciliado em outra Comarca. Propositura da ação no

Acesso ao Sumário

Foro Regional. Juízo que determina a redistribuição ao Foro Central, sob o fundamento de que detém competência residual. Impossibilidade. Competência relativa que não pode ser declinada de ofício. Incidência da Súmula n. 33 do STJ. Conflito conhecido. Competência do suscitado." (Conflito de Competência nº 0065089-53.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal, DJ 06.08.2012)

Por outro lado, certo é que a competência, ainda que relativa, deve seguir os ditames legais, sendo defeso às partes ou respectivos procuradores criarem regras de competência que não sejam respaldadas pelo sistema processual vigente.

Destarte, não se pode admitir a escolha deliberada ou aleatória de Foros ou Comarcas pela parte ou mesmo por seu patrono, ainda que se cuide de competência territorial, sob pena de subverter as normas processuais de repartição e distribuição da competência jurisdicional.

No caso em tela, muito embora a autora tenha indicado a intenção de propor a demanda no foro de eleição (Comarca de São Paulo), endereçou a causa ao Foro Central Cível, que, no entanto, não detém competência funcional ou material, tampouco abarca a circunscrição jurisdicional do domicílio de qualquer das partes, infringindo-se, assim, o princípio basilar do ordenamento jurídico do juiz natural, por força do qual é vedada a escolha do juízo.

Em casos dessa natureza, esta Colenda Câmara Especial tem consolidado o entendimento no sentido de admitir a excepcional declinação, de ofício, da competência relativa.

Confira-se:

"Conflito de Competência. Ação de cobrança. Ajuizamento em foro diverso do domicílio do autor ou do réu. Afronta ao princípio do juiz natural. Conflito procedente. Competência do juízo suscitante." (Conflito de Competência nº 0194045-53.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Vice-Presidente, DJ 17.02.2014)

"Conflito Negativo de Competência. Varas Cíveis de Comarcas diversas. Redistribuição ao Foro do domicílio do autor, de ofício. Possibilidade. Caso de mitigação da Súmula nº 33 do STJ. Propositura de ação para cobrança do seguro DPVAT em face de seguradora que possui inúmeras sucursais em todo o país. Escolha do juízo dissociada das regras de fixação da competência (Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) – Causídico com escritório na Comarca – Situação que a lei não privilegia – Inobservância ao princípio do juiz natural e indevida escolha do Juízo. Impossibilidade de escolha indistinta de foro, sem qualquer relação com as partes – Conveniente a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Capital, vez que foro do domicílio do autor, da

ré e do local do fato – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitante." (Conflito de Competência nº 0068944-06.2013.8.26.0000, Rel. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, DJ 21.10.2013)

Nesse contexto, tendo as partes estipulado o foro da Comarca de São Paulo como o competente para dirimir as questões relativas ao contrato discutido nos autos, o que, ao que consta, foi observado para a propositura do feito, impõe-se admitir a excepcional declinação da competência pelo Juízo de origem.

Contudo, diversamente do consignado pelo Juízo suscitado, é o caso de deslocar a competência para o Juízo Cível do Foro Regional de Santo Amaro, por abarcar a competência territorial do domicílio da autora, com observância ao foro convencionado pelas partes litigantes.

Esta Relatoria, analisando recentemente caso semelhante, se pronunciou no mesmo sentido:

"Conflito negativo de competência. Ação ordinária de cobrança. Cláusula de eleição do foro da comarca da capital. Demanda distribuída no foro central, que, todavia, não abarca a circunscrição do domicílio do autor ou do réu. Remessa do feito ao foro regional, levando-se em consideração o endereço da parte autora, na medida em que o domicílio do réu localiza-se em comarca diversa, não eleita. Possibilidade. Inexistência de respaldo legal a justificar a competência 'residual' do foro central. Ausência, ademais, de direito subjetivo da parte autora de escolher deliberadamente o juízo em que pretende litigar. Inobservância das regras de distribuição territorial de competência e do princípio do juiz natural, a autorizar, excepcionalmente, a declinação, de ofício, pelo magistrado. Mitigação da súmula 33, do C. STJ. Conflito conhecido com a declaração da competência do juízo suscitante." (Conflito de Competência nº 0000891-36.2014.8.26.0000, DJ 31.03.2014, v.u.)

Diante desse quadro processual, conquanto não integre formalmente o conflito de competência, em prestígio à economia e celeridade processuais, impõe-se reconhecer a competência do MM. Juízo de Direito de uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santo Amaro.

Acesso ao Sumário

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, examinando a possibilidade de se declarar a competência de Juízo não conflitante, já assentou:

"(...) 3. O reconhecimento da competência de Juízo estranho ao conflito suscitado é perfeitamente possível ante a ausência de vedação legal, sendo procedimento adotado por esta Corte Superior em muitas oportunidades, garantindo-se, assim, a celeridade na tramitação do processo. Precedentes: CC 105.206/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/8/2009, DJe 28/8/2009; CC 80266/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda

Seção, julgado em 24/10/2007, DJ 12/2/2008 p. 1; CC 100.545/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 27/5/2009, DJe 1/7/2009. 4. Conflito negativo conhecido para declarar a competência de um dos Juízos do Trabalho da capital de São Paulo/SP, observando-se o critério da redistribuição." (CC 111.957/SP, 1ª Seção, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJ 24.11.2010)

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo, para declarar, de ofício, a competência do MM. Juízo de Direito de uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santo Amaro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0208038-66.2013.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitante, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 28 de abril de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação monitória proposta por Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba – Pessoa jurídica de direito público – Natureza de entidade autárquica municipal – Propositura na Vara Cível – Impossibilidade – Cobrança de mensalidades escolares – Matéria de direito privado – Irrelevância – Incidência do artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo – Critério da qualidade da parte – Competência da Vara da Fazenda Pública.

Conflito procedente – Competência do Juízo

Acesso ao Sumário

Suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Piracicaba em face do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Piracicaba, nos autos da ação monitória fundada em contrato de prestação de serviços educacionais proposta pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba em face de Oscar Juliano Pagotto, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência porque, embora a autora seja fundação pública, a questão em exame é de natureza privada.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 07).

Ministério Público (fl. 14/16).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Não assiste razão ao juízo suscitante.

Trata-se de ação monitória proposta por Fundação Pública Municipal visando a satisfação de crédito decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais.

Fundação é **"um acervo de bens, com destinação específica, a que a lei atribui personalidade jurídica"** (Nestor Duarte, *Código Civil Comentado*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª ed., p. 69) ou, na definição de Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, I/233, São Paulo, 1936, *apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420, **"um patrimônio transfigurado pela ideia, que o põe ao serviço de um fim determinado"**.

Como ensina Hely Lopes Meirelles, as fundações **"sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Dec.-lei 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87)"**, mas, **"nos últimos tempos, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. –, com a personificação de bens públicos e fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República/88, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas *fundações públicas*, ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público' (arts. 71, II, III e**

Acesso ao Sumário

IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de fundação pública (arts. 37, XIX, e 19 das 'Disposições Transitórias'), ora, simplesmente, de 'fundação' (art. 163, II)" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420).

É certo que a atual redação do inciso XIX do artigo 37 da Carta Magna, ao estabelecer que **"somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação"**, para alguns, pode levar ao entendimento de que o legislador constituinte se definiu pela natureza privada da personalidade jurídica da fundação, por tê-la colocado ao lado das pessoas jurídicas de direito privado e não das autarquias e porque, agora, a lei não mais cria a fundação, mas apenas autoriza sua criação.

De todo modo, porém, na hipótese dos autos, cuida-se da Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba, criada pela Lei Municipal nº 1.524/67, alterada pela Lei Municipal nº 1.555/68 (normas editadas muito antes da vigência da Emenda Constitucional nº 19, de 1998), as quais a definiram como uma **"entidade de direito público, sem finalidade lucrativa, que terá por objeto criar, instalar e administrar, inicialmente, uma Escola de Engenharia"**, com patrimônio constituído por subvenções do Município, do Estado e da União e por bens de propriedade ou que venham a ser desapropriados pelo Município, e que deve ser administrada por um Conselho de Curadores e uma Diretoria Executiva, cujas funções serão determinadas na forma de estatuto a ser baixado por Decreto do Prefeito Municipal, de modo que se está, sem dúvida, diante de uma fundação que tem personalidade jurídica de direito público.

Com efeito, estão reunidos todos os requisitos aptos a conferir à fundação em exame personalidade jurídica de direito público: instituição pelo Poder Público, assunção de gestão de serviço estatal, manutenção com recursos orçamentários públicos e regime de administração submetido ao Poder Público.

E a natureza jurídica de uma fundação pública como a que ora se discute é a mesma das autarquias, de modo que a ela se aplicam, no que couberem, as regras legais que regem as autarquias.

Nesse sentido, por duas vezes, uma antes e outra após a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, de forma expressa, que **"tais fundações são espécie do gênero autarquia"**:

> **Acumulação de cargo, função ou emprego. Fundação instituída pelo Poder Público. Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-Membros, por leis estaduais são fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas**

Acesso ao Sumário

jurídicas de Direito Público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º. do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da Lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º. do Decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE nº 101126/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, deram provimento, v. u., j. 24/10/1984, DJ 01/03/1985).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.

2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 127489/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, deram provimento, v.u., j. 25/11/1997, DJ 06/03/1998).

Estabelecidas essas premissas, não se discute, ainda, a natureza privada da relação contratual decorrente da prestação de serviços educacionais.

Portanto, temos uma fundação com personalidade jurídica de direito público, espécie do gênero autarquia, promovendo uma ação monitória para cobrança de mensalidades escolares devidas a partir de uma relação contratual de natureza privada.

A definição do juízo competente, *in casu*, vem estabelecida no artigo 35, inciso I, do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo:

Artigo 35. – Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

Patente, pois, a competência da Vara da Fazenda Pública que, em primeiro grau de jurisdição, no Estado de São Paulo, se define pela qualidade da parte, bastando, para atrair o juízo especializado, a presença, no polo ativo ou no polo passivo, do Estado, do Município ou de suas autarquias ou entidades paraestatais.

Outra seria a solução se estivesse se discutindo a competência em segundo grau de jurisdição, hipótese em que o critério é a natureza de direito público ou privado da relação jurídica de direito material.

Com efeito, deve-se atentar para o fato de que os critérios que definem a competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – são diversos e não se confundem com os critérios que definem a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição.

A competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – é ditada no artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e dá-se pela qualidade da parte, enquanto a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição – vem disciplinada na Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá-se pela natureza da matéria.

Nada impede, pois, que, em primeiro grau, a Vara da Fazenda Pública seja competente para o julgamento de ações relativas a matéria de direito privado, como uma cobrança de mensalidades escolares, por exemplo, bastando, para tanto, que uma das partes seja o Estado, o Município, suas entidades autárquicas ou paraestatais.

No segundo grau de jurisdição, porém, a qualidade da parte não é determinante, podendo ocorrer uma hipótese em que a parte seja, por exemplo, um Município, mas a matéria em discussão seja de natureza privada, o que basta para afastar a competência da Seção de Direito Público.

Enfim, porque se trata de primeiro grau de jurisdição e porque a autora desta demanda é uma fundação pública municipal, espécie do gênero autarquia,

Acesso ao Sumário

a competência é da Vara da Fazenda Pública, ainda que a relação jurídica de direito material em discussão seja de natureza privada.

3. À vista do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011914-76.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE IPUÃ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram o conflito de competência procedente e declararam competente o Juízo suscitado. M.V. Acórdão com o Relator Designado – 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.746)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE), vencedor, CARLOS DIAS MOTTA, vencido, EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (DECANO).

São Paulo, 19 de maio de 2014.

EROS PICELI, Relator Designado e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

Ementa: Conflito de competência – cumprimento de sentença – ação civil pública – renúncia à prerrogativa da propositura da execução no domicílio do beneficiário – execução já proposta – perpetuação da jurisdição – inteligência ao disposto no art. 87 do CPC – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, sob o fundamento de que a competência para processar o feito, nos autos do cumprimento de sentença proferida em ação civil pública seria do juízo da comarca de Ipuã (suscitado), por se tratar de local

do domicílio do exequente.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado, fls. 28/30.

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.

E, respeitado o entendimento em contrário, o voto é pela procedência do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado.

Analisados os autos, depreende-se que os autores ingressaram, em seu domicílio, com incidente de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública que reconheceu o direito dos poupadores do antigo Banco Nossa Caixa S/A ao recebimento de expurgos inflacionários não creditados corretamente em caderneta de poupança em janeiro de 1989.

De acordo com pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça, o juízo suscitado proferiu decisão, determinando, em resumo: a) a adequação do pedido e da causa de pedir; b) a juntada de certidão de objeto e pé atualizada da ação na qual formado o título judicial; c) o recolhimento das custas iniciais; e d) a comprovação da situação de pobreza.

Após isso, a parte solicitou o encaminhamento do feito à 6ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, juízo que decidiu a ação civil pública, pleito este que foi acatado.

Ao receber o processo, a MMª. Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública suscitou o presente conflito, sustentando que a competência é fixada no momento da propositura da ação e que a execução individual poderia ser proposta no domicílio dos autores.

Tem razão a suscitante.

Na demanda ajuizada, pretendem os autores a execução de ação civil pública julgada pela 6ª Vara da Fazenda da Capital. Como se sabe, a critério dos interessados, o cumprimento da sentença poderia ocorrer tanto perante o juízo que julgou a ação civil pública, como perante o foro do domicílio dos interessados, como ocorreu no caso dos autos.

Todavia, ao propor a ação no juízo de seu domicílio, os autores renunciaram à prerrogativa em comento, de modo que a escolha afastou a competência do juízo suscitante.

Tal raciocínio encontra amparo no artigo 87 do Código de Processo Civil, segundo o qual a competência da ação é firmada no momento em que é proposta, ocorrendo perpetuação da jurisdição.

Aliás, do contrário, admitir-se-ia verdadeira afronta ao princípio do juiz

Acesso ao Sumário

natural, endossando-se manobra processual com o fim de direcionar os autos pela conveniência da parte.

A diretriz adotada é a mesma utilizada em precedentes desta Câmara Especial:

> **"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória distribuída a Vara Cível. Pedido da parte para remessa dos autos ao Juizado Especial Cível. Inviabilidade. Opção da parte pela distribuição da ação no Juízo Comum ou no Juízo Cível. Fixação da competência com a distribuição da ação, nos termos do art. 87, do CPC. Reconhecimento da *perpetuatio jurisdictionis*. Vedação da redistribuição do feito. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitante" (Conflito de Competência nº 0085721-66.2013.8.26.0000, relator Desembargador Antonio Carlos Tristão Ribeiro, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 19.8.2013, v.u.).**

Ressalte-se que no caso em exame a motivação confessada da parte autora é evitar a necessidade de recolhimento de custas processuais e da juntada de certidão de objeto e pé, fls. 23, contornando o entendimento do juízo no qual distribuiu a ação. No caso, ao entender que as exigências são incabíveis, deveria a parte autora recorrer da decisão prolatada pelo Juízo suscitado – o que, aliás, foi feito, fls. 25 – e não requerer a redistribuição da demanda depois de firmada a competência.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado (Vara Única da comarca de Ipuã).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0009501-90.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE SOROCABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, declarando-se competente o MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 19 de maio de 2014.

Acesso ao Sumário

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação de Reintegração de Posse e Ação Revisional de Cláusula Contratual. Demandas fundadas no mesmo contrato. Identidade de partes e de causa remota de pedir. Conexão verificada. Reunião dos feitos para julgamento conjunto. Controvérsia instaurada entre Juízos da mesma Comarca, considerando-se prevento aquele que primeiro despachou. Exegese dos artigos 103, 105 e 106, todos do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência no qual o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba (suscitante), nos autos da ação de reintegração de posse com pedido liminar, ajuizada por Banco Itauleasing S.A. contra Bruno Roberto Machado, sustenta que a competência para apreciar o feito é do MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba (suscitado), por haver conexão entre a ação de reintegração de posse e a revisional de cláusula contratual, anteriormente distribuída ao juízo suscitado. Alega que ambas têm origem no mesmo contrato de arrendamento mercantil, sendo, portanto, evidente a possibilidade de decisões conflitantes.

Processado o incidente, designou-se o juízo suscitante para resolver as questões urgentes, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela procedência do conflito, a fim de que se declare a competência do Juízo suscitante para conhecer e julgar as ações (fls. 39/41).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe- se o conhecimento do presente conflito de competência.

A discordância entre os magistrados refere-se à existência de conexão entre a ação de reintegração de posse movida por Banco Itauleasing S.A. contra Bruno Roberto Machado e a Ação Revisional de Contrato, envolvendo as mesmas partes, porém com polos invertidos, visando o reconhecimento da ilegalidade de cláusulas do contrato de financiamento, por serem abusivas.

A ação de reintegração de posse foi inicialmente distribuída ao Juízo da 6ª Vara Cível de Sorocaba, que determinou a remessa dos autos à 4ª Vara Cível da mesma Comarca, em razão da preexistência e conexão com a ação revisional de contrato.

Acesso ao Sumário

O Juízo da 4ª Vara Cível de Sorocaba declinou da sua competência, argumentando não existir conexão por ser distinta a causa de pedir remota das duas ações.

Cumpre desde logo ressaltar que, segundo dispõe o artigo 103 do Código de Processo Civil, se reputam conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, sendo necessário apenas a identidade parcial dos fatos relatados nos feitos.

Por outro lado, o artigo 105 do mesmo diploma legal estabelece que, havendo conexão, pode o juiz ordenar a reunião das ações propostas, a fim de serem decididas simultaneamente, enquanto o artigo 106 dispõe considerar-se prevento, tramitando em separado ações conexas, o juiz que houver despachado em primeiro lugar.

No caso presente, inquestionável a existência de conexão, porquanto há identidade de fato da causa de pedir remota, isto é, discute-se o mesmo contrato nas duas ações.

Na ação de reintegração de posse, busca-se a recuperação e consolidação da posse do bem dado em garantia, em mãos do credor fiduciário, por força da mora e do inadimplemento por parte do devedor fiduciante. Na ação revisional postula-se a revisão das cláusulas contratuais, sob alegação de serem abusivas.

Nesse sentido a jurisprudência desta Colenda Câmara Especial:

"**Conflito negativo de competência. Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Ação revisional de contrato de financiamento com alienação fiduciária. Conexão. Reconhecimento. Identidade de partes e causa de pedir remota. Competência definida pelo juízo que proferiu o primeiro despacho. Aplicação dos artigos 103 e 106 do Código de Processo Civil. Conflito procedente. Competência do juízo suscitante**" (CC nº 8794897.2011, Rel. Tristão Ribeiro, j. 26/03/2012).

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de reintegração de posse e revisional de contrato. Conexão. Prevenção do Juízo que primeiro despachou. Inteligência dos artigos 103 e 106, ambos do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência do MM. Juízo suscitante**" (CC nº 0213242-28.2012.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, j. 22/04/2013, v.u.).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, as ações são conexas e foram propostas perante foros com competências territoriais idênticas, razão pela qual considera-se prevento aquele juiz que primeiro despachou, no caso, o da 4ª Vara Cível, segundo consta dos autos.

Isto posto, **julga-se procedente o presente conflito, declarando-se competente o MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba**, ora suscitado.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0198056-28.2013.8.26.0000, da Comarca de Araras, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE ARARAS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE ARARAS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 26 de maio de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – QUERELANTE QUE ATRIBUI AO EX-CONVIVENTE, COM QUEM SE MANTEVE EM UNIÃO ESTÁVEL POR MAIS DE VINTE ANOS, SUCESSIVAS CONDUTAS INJURIOSAS – ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA LEI Nº 11340/06 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA O FIM DE FIXAR A COMPETÊNCIA JUNTO AO D. JUÍZO SUSCITADO.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal em face de r. decisão declinatória do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal, ambos da Comarca de Araras, em queixa-crime em que L.B.A. imputa a J.B.A. condutas descritas no artigo 140 do Código Penal.

Processado o incidente com a designação do magistrado suscitante,

Acesso ao Sumário

nos termos do Comunicado nº 26/10, da Vice-Presidência deste e. Tribunal de Justiça, para resolução, em caráter provisório, das eventuais medidas urgentes.

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pela procedência do conflito de jurisdição para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitado.

É o relatório.

2. Segundo se infere da peça inicial acusatória (fls. 13/15), verifica-se que a querelante manteve união estável com o querelado por vinte e dois anos. Sobrevindo a separação do casal, alega que o querelado passou a injuriá-la nos momentos em que a encontra em locais públicos.

Designada a audiência de que cuida o art. 520, do Código de Processo Penal (fls. 50), houve reconsideração por parte do magistrado suscitado, ocasião em que a hipótese era de remessa dos autos ao JECRIM porque "***o delito imputado na queixa-crime possui pena inferior a dois anos. Tratando-se, pois, de crime de menor potencial ofensivo, submete-se ao procedimento sumaríssimo, exceção feita ao descrito no art. 140, § 3º, do Código Penal***".

O magistrado suscitante, contudo, acolhendo parecer ministerial, firmou entendimento no sentido de que "***a queixa-crime narra crime que teria sido praticado pelo ex-companheiro da querelante, e que tem como contexto justamente a relação amorosa entre eles. Está evidenciada, portanto, a descrição de um delito de violência doméstica***".

Tecidas as ponderações necessárias e respeitado o entendimento expressado pelo magistrado suscitado, a hipótese em testilha justifica a incidência da norma de caráter protetivo, que objetiva justamente ampliar a salvaguarda à mulher no âmbito específico destas relações.

Com efeito, a Lei nº 11.340/06, em seu artigo 5º, determina que, "***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***" Destarte, referido dispositivo legal, independentemente da orientação sexual (parágrafo único), descreve em seus incisos o conceito de: a) âmbito da unidade doméstica é "***o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas***" (inciso I); b) âmbito da família é "***a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa***" (inciso II); c) qualquer relação íntima de afeto é "***qualquer situação na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação***" (inciso III)[1].

1 Para Guilherme de Souza Nucci (*in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. São Paulo, RT, 2012), "***é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação***".

Destarte, o alcance de referida norma foi sedimentado por ocasião da edição do enunciado nº 114, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça, de seguinte redação:

> ***Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da 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.***

Nesse sentido, confira-se o precedente desta Colenda Câmara Especial:

> ***CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal. Crime de estupro de vulnerável imputado ao avô da vítima (art. 217-A, CP). Dissenso em relação à aplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Caso concreto que noticia violência motivada no gênero ou decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da ofendida, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha. Menoridade da vítima à época dos fatos e relação de parentesco que, por si só, não afastam a fragilidade decorrente do gênero. Conflito julgado procedente, com o reconhecimento da competência do Juízo suscitado.***[2]

Importante ressaltar que o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade da Lei nº 11340/06 mesmo quando a violência se deu após o término do vínculo afetivo havido entre agressor e agredida, mas desde que a violência tenha ocorrido em razão do vínculo rompido e em situação de hipossuficiência.[3] O espectro de abrangência da norma protetiva se sobrepõe, ainda, às situações em que a agressão contiver natureza ofensiva à dignidade sexual e for cometida contra vulneráveis.[4]

2 Conflito de Jurisdição nº 0116576-28.2013.8.26.0000, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 09/09/2013

3 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **VIOLÊNCIA COMETIDA POR EX-NAMORADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006).** IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JUIZADO ESPECIAL. 1. ***Violência cometida por ex-namorado; relacionamento afetivo com a vítima, hipossuficiente; aplicação da Lei n. 11.340/2006***. 2. Constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006 assentada pelo Plenário deste STF: constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. ... 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC nº 112698, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 18/09/2012, 2ª Turma)

4 HABEAS CORPUS. **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA FILHAS MENORES. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI 11.340/06.** CUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIAS. RESOLUÇÃO DO TJ/DF E TERRITÓRIOS. ART. 17, § 4º, DA LEI 11.697/08. RITO PROCESSUAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. REGULARIDADE DA AÇÃO PENAL. DECISÕES CONVERGENTES. PREJUÍZO PROCESSUAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. A competência do juízo de primeira instância para julgar os processos-crime decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher se mostra legalmente fundamentada, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento,

Acesso ao Sumário

O e. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem firmando entendimento de que, no âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que não se submete à Lei nº 9099/95[5], não há necessidade de vínculo familiar específico ou mesmo coabitação entre as partes[6], exigindo-se, contudo, a combinação de três requisitos[7]:

a) relação íntima de afeto,

b) motivação de gênero e

c) situação de vulnerabilidade.

Verifica-se no caso concreto a conjugação destes três requisitos, pois, como bem expressado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, "***há desigualdade a ser amparada pela legislação especial porque o agressor, mais velho e do***

---

notadamente se considerada a possibilidade do TJDF e dos Territórios cumular competências em uma única vara. ... 5. Ordem denegada. (HC 110160 / DF. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/12/2012)

5 **Informativo 509, de 05.12.2012**

O crime de lesão corporal, mesmo que leve ou culposa, praticado contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada. No julgamento da ADI 4.424-DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, afastando a incidência da Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Precedente citado do STF: ADI 4.424-DF, DJe 17/2/2012; do STJ: AgRg no REsp 1.166.736-ES, DJe 8/10/2012, e HC 242.458-DF, DJe 19/9/2012. AREsp 40.934-DF, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), julgado em 13/11/2012.

6 **Informativo nº 499, de 15.06.2012**

A hipótese de briga entre irmãos – que ameaçaram a vítima de morte – amolda-se àqueles objetos de proteção da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *In casu*, caracterizada a relação íntima de afeto familiar entre os agressores e a vítima, inexiste a exigência de coabitação ao tempo do crime, para a configuração da violência doméstica contra a mulher. Com essas e outras ponderações, a Turma, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*. Precedentes citados do STF: HC 106.212-MS, DJe 13/6/2011; do STJ: HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009; REsp 1.239.850-DF, DJe 5/3/2012, e CC 103.813-MG, DJe 3/8/2009. HC 184.990-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12/6/2012.

Informativo nº 491, de 24.02.12

A Turma, cassando o acórdão recorrido, deu provimento ao recurso para estabelecer a competência de uma das varas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para examinar processo em que se apura a prática do crime de ameaça. Na hipótese, ***o recorrido foi ao apartamento da sua irmã, com vontade livre e consciente, fazendo várias ameaças de causar-lhe mal injusto e grave, além de ter provocado danos materiais em seu carro, causando-lhe sofrimento psicológico e dano moral e patrimonial, no intuito de forçá-la a abrir mão do controle da pensão que a mãe de ambos recebe.*** Para os integrantes da Turma, a relação existente entre o sujeito ativo e o passivo deve ser analisada em face do caso concreto, para verificar a aplicação da Lei Maria da Penha, tendo o recorrido se valido de sua autoridade de irmão da vítima para subjugar a sua irmã, com o fim de obter para si o controle do dinheiro da pensão, sendo desnecessário configurar a coabitação entre eles. Precedentes citados: CC 102.832-MG, DJe 22/4/2009, e HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009. REsp 1.239.850-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/2/2012.

7 **Informativo 524 de 28.08.2013:**

É do juizado especial criminal – e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher – a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ***ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade***. Isso porque, para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma. HC 175.816-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 20/6/2013.

Acesso ao Sumário

sexo masculino, integrava o ambiente familiar da vítima, pessoa mais frágil, e impôs-se violentamente no seio familiar, perpetrando contra ela as injúrias descritas na exordial".

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitado**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0009378-92.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 39.330)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de junho de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Jurisdição – Supostos crimes sexuais praticados em âmbito familiar por padrasto contra enteada – Discussão acerca da competência do Juízo para apurar eventual prática destes delitos (Juízo de Direito da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou 1ª Vara Criminal, ambas de Guarulhos) – De plano, anoto que não houve pronunciamento judicial do MM. Juízo suscitado acerca da sua competência – Consta, somente, certidão do cartório de que fora dado cumprimento à Resolução deste Egrégio Tribunal de Justiça – Ausência das hipóteses previstas no artigo 114 do Código de Processo Penal – Precedente desta Câmara Especial – Conflito não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A.F.M. foi denunciado, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos como incurso no artigo 214 (atual 217-A, cf. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2.009), c.c. o artigo 224, alínea *a* (atualmente § 1º do artigo 217-A da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2.009), na forma do artigo 71 e artigo 213 (atual 217-A, cf. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2.009), c.c. o art. 224, alínea *a* (atualmente § 1º do artigo 217-A da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2.009), também na forma do artigo 71, observando-se também o artigo 225, parágrafo 1º, inciso II, todos do Código Penal, observando-se os preceitos da Lei nº 8.072/90 (fls. 1/5).

A denúncia foi recebida (fls. 111). Logo após, certificou o cartório que, nos termos da Resolução nº 535/2010, procedia-se à transferência dos autos à Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos (fls. 118).

Distribuídos então os autos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos, este suscitou conflito negativo de jurisdição, *in verbis*: "*Trata-se de suposto crime sexual cometido contra a vítima pelo seu padrasto no âmbito residencial destes. Todavia, apesar de a vítima ser mulher e o crime ter ocorrido no âmbito residencial e familiar, entendemos não se tratar de hipótese de aplicação da Lei nº 11.340/2006, vez que a vulnerabilidade em questão não é a de gênero, mas, sim, relacionada à imaturidade física e psicológica daqueles de tenra idade. Dessa forma, não está caracterizada a violência de gênero que autorizaria a incidência da Lei Maria da Penha, não bastando que o ato seja praticado contra pessoa do sexo feminino, mas também que a violência tenha por móvel questão de gênero, assim entendida como tal toda aquela que tem por fundamento o desequilíbrio de forças na relação entre homem e mulher, com sobreposição de poder, dominação, opressão e ascendência, o que não se verifica no caso dos autos.*" (fls. 120/124).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer (fls. 130/132). Ressaltou, todavia, que "*propriamente, não se possa dizer que houve declínio da jurisdição por parte do suscitado, o que, em tese, inviabilizaria o conhecimento do presente expediente*".

É o relatório.

De início, anoto que o presente conflito não deve ser conhecido, eis que não restaram devidamente cumpridas, como é de rigor, as condições previstas no artigo 114, I, do Código de Processo Penal: "*Art. 114. Haverá conflito de jurisdição: I – quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso*.". É necessário, portanto, que ambos os Juízos se declarem, expressamente, incompetentes para o julgamento do feito, o que não aconteceu na hipótese ora

Acesso ao Sumário

sub judice.

In casu, adoto, também, como razões de decidir, os relevantes fundamentos expendidos por ocasião do julgamento do Conflito de Jurisdição nº 0009593-68.2014.8.26.0000, Relatora Exma. Desª Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado, à unanimidade, em 19.05.2014:

"*Não houve por parte do MM. Juízo suscitado declaração acerca de sua incompetência. Houve, na verdade, a lavratura de certidão que, em cumprimento à determinação deste Egrégio Tribunal de Justiça, remeteu os autos à Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos (fls. 54).*

Observo, todavia, que a citada Resolução nº 535/2010, que remaneja a competência das Varas da Comarca de Guarulhos, não determina, nem autoriza, a remessa, por mero ato ordinatório, de feitos distribuídos às Varas Criminais para a Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Em outras palavras, é necessário que o Juízo, para o qual for distribuído o feito, entendendo-se incompetente para o seu processamento, decline da competência de forma motivada.

Vê-se, assim, que não há na espécie declaração do MM. Juízo suscitado quanto à sua incompetência para o processamento da ação penal que apura a suposta prática de delito de lesão corporal.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco:

'*Em qualquer hipótese o conflito de competência só se considera existente a partir de quando dois ou mais juízes hajam lançado nos autos determinações assim divergentes – inexistindo enquanto nenhuma explícita divergência tiver ocorrido. A mera potencialidade de um conflito entre juízes não é tratada pelo direito positivo como conflito de competência*' *(in Instituições de Direito Processual Civil – Livro I, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 446).*

Destarte, ausentes as hipóteses previstas no artigo 114, do Código de Processo Penal, de rigor o não conhecimento do presente conflito negativo de jurisdição.".

Ante o exposto, não conheço do presente conflito de jurisdição, e determino a devolução dos autos ao MM. Juízo suscitante.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração

Acesso ao Sumário

nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante M.S.P., são embargados A.E.A.P.I., A.C.A.V.C. e C.D.H.E.P.C.L..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos de declaração. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.785)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 2 de junho de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Apelação Cível – Ação Civil Pública – Alegação de omissões e contradições na decisão impugnada.

Verdadeiro pedido de novo exame da matéria de fundo.

Inviabilidade. O julgado, demais, não precisa observar todos os argumentos, nem tampouco responder a todas as questões.

Não se exige, outrossim, a enumeração de dispositivos legais, pois não cabe esse recurso em matéria cível para o judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal, etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico.

Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Embargos de Declaração interpostos pela M.S.P., nos quais se deduz omissões e contradições no acórdão (fl. 1208/1255) que, por maioria de votos, vencido o 3º Juiz, deu parcial provimento ao agravo regimental interposto por A.E.A.P.I., A.C.A.V.C. e C.D.H.E.P.C.L. nos autos de ação civil pública que estas promoveram contra a ora embargante.

Sustentam-se omissões e contradições, além da nulidade do julgado,

diante da ausência de correlação entre o pedido e a sentença, diante do equívoco acerca da aplicação dos recursos do FUNDEB – Lei Federal nº 11.494/2007, diante da contradição entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão, em razão da sobreposição de decisões judiciais e da insegurança jurídica daí resultante, em razão da indevida utilização de programas de metas de caráter vinculante e sancionador e em razão de inapropriado ativismo judicial, alegando-se, ainda, a repercussão geral da autoaplicabilidade do artigo 208, IV, da Constituição Federal, a violação do artigo 461 do Código de Processo Civil e do artigo 3º da Lei nº 7.347/86, além de haver prequestionamento da matéria constitucional e infraconstitucional (fl. 1260/1281).

2. São embargos declaratórios, sob o fundamento de omissão e contradição.

Em verdade, nada a aclarar na decisão embargada. Não passam estes Embargos de tentativa de modificar a decisão alcançada; daí o seu caráter infringente, conquanto tal seja negado, mas evidenciado pela reiteração dos argumentos originais.

As questões postas na lide foram examinadas e decididas pela Turma Julgadora, não havendo obscuridade, dúvida, contradição ou omissão no julgado, cujo resultado desfavoreceu a posição sustentada pela embargante. Tal circunstância, porém, não enseja a revisão da matéria como pretende a embargante.

Além disso, cumpre observar que os Embargos de Declaração não têm função infringente, não servem para esclarecer dúvida subjetiva nem para reforma da conclusão do julgado. Tentativa de reexame de questões largamente debatidas no Acórdão embargado é insuscetível de renovar-se. Inexistência de dúvida, obscuridade, omissão ou contradição. Alegação implícita de erro de julgamento, daí o caráter infringente (RTJ 101/1053, 113/768 e DJU 8.4.88, RHC 65.758-3).

Nos Embargos de Declaração nº 210.481-1/6, relatados pelo eminente Desembargador Munhoz Soares, consignou-se que "**o inolvidável Pimenta Bueno, já dizia que, nos embargos de declaração, não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento. Esta interpretação decorre do fato de que o objetivo de declarar não significa, em hipótese alguma, reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova (cf. RJTJSP 92/328). Aliás, deste entendimento não discrepa Pontes de Miranda que, por igual, preleciona que nos embargos declaratórios não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima**" (RJTJSP 87/324).

O Supremo Tribunal Federal, em sucessivos e recentes julgamentos, vem decidindo que os embargos declaratórios não podem, mesmo a pretexto de suprir omissão ou corrigir obscuridade ou contradição, alterar, na substância, a

Acesso ao Sumário

decisão embargada (RJTJSP 99/354, 98/377; RTJ 120/773 e 121/260).

Ante tais motivos é que, desde logo, se evidenciaram o conteúdo e os contornos nitidamente infringentes dos embargos opostos. Aliás, mesmo em sede de embargos de declaração, 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**" (*in* O Juiz e a Função Jurisdicional, p. 350), secundando-se 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).

Nestas condições, esta Corte, já decidiu que não está o Tribunal obrigado a "**ater-se aos fundamentos indicados pela parte e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os requisitos da decisão judicial não estão subordinados a quesitos. A motivação da decisão, observada a *res in judicium deducta*, pode ter fundamento jurídico e legal diverso do suscitado.**" (Cf. RTJSP 111/114).

Também não se exige, na matéria, a enumeração de dispositivos legais, pois a esse respeito já entendeu este Tribunal: "**Do mesmo modo, não cabe esse recurso em matéria cível para o judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal, etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico**" (Embargos de Declaração nº 147.433-1/4-01-SP, citado nos Embargos de Declaração nº 199.368-1, em que foi Relator o Desembargador Guimarães e Souza).

3. À vista do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos.

Exceções de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0021585-26.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são excipientes LP GABOR EQUIPAMENTOS DE CONSTRUÇÃO LTDA. e DALE COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., é excepto

RODRIGO GARCIA MARTINEZ (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a presente exceção de impedimento, determinando-se seu arquivamento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27083)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de junho de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – DECISÃO JUDICIAL PROLATADA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL – PREJUÍZO DE UMA DAS PARTES LITIGANTES – MATÉRIA JURISDICIONAL QUE, POR SI SÓ, NÃO SUSTENTA A ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO JUIZ – ALEGAÇÃO DE PREJULGAMENTO QUE NÃO SE SUSTENTA EM RAZÃO DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – POSSIBILIDADE DE REVERSÃO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PREVISTOS EM LEI – NECESSIDADE DE PROVA DE LIAME SUBJETIVO – AUSÊNCIA – HIPÓTESE DE REJEIÇÃO E ARQUIVAMENTO.

VOTO

1. Trata-se de exceção de suspeição suscitado pelas empresas **LP Gabor Equipamentos de Construção Ltda.** e **Dale Comércio de Equipamentos para Construção Ltda.** em face do MM. Juiz de Direito da 45ª Vara Cível da Comarca da Capital, Dr. **Rodrigo Garcia Martinez**, em ação que as excipientes promovem em face de Sany Importação e Exportação da América do Sul Ltda..

Alega-se que, quando do indeferimento do pedido de antecipação da tutela jurisdicional, o magistrado excepto teria se valido de "***surpreendentes termos ... e considerações, dv, inteiramente descabidas, que revelam a falta de serenidade para decidir a causa***". Asseveram que, "***além de incompatíveis com o conhecimento abreviado, as conclusões (já!) formadas denotam um alarmante prejulgamento da causa, o que não se pode admitir em qualquer fase do procedimento, menos ainda quando do recebimento da inicial***".

Acesso ao Sumário

Rejeitada a alegação de suspeição pelos fundamentos expostos nas razões apresentadas pelo magistrado excepto (fls. 18/22).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição (fls. 26/34).

É o relatório.

2. A exceção de suspeição encontra-se prevista no artigo 312 do Código de Processo Civil, segundo o qual, "***a parte oferecerá a exceção de impedimento ou suspeição, especificando o motivo da recusa (art. 134 e 135)***".

Destarte, o art. 135, do Código de Processo Civil, toma por fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Ocorre que, na hipótese vertente, em nenhum momento a excipiente comprova alguma das possibilidades acima previstas, ou mesmo eventuais excepcionalidades que pudessem justificar a alegada imparcialidade do magistrado suscitado.

Com efeito, a análise dos requisitos necessários para concessão da liminar pleiteada *initio litis* exige do magistrado fundamentação que haverá, ainda que *in status assertiones* e *inaudita altera parte*, apreciar em cognição sumária o objeto da pretensão que se pretende antecipar.

Em artigo publicado pelo Juiz do Trabalho, Dr. Mauro Vasni Paroski, bem se enfatiza que, "***nas medidas urgentes que justificam as tutelas diferenciadas, a exemplo das antecipações dos efeitos do provimento jurisdicional final, não é examinado somente o preenchimento dos requisitos legais à sua concessão, pois os fatos submetidos à apreciação do juiz ligam-se quase que invariavelmente ao mérito da demanda, razão pela qual, o exame judicial transborda, muitas vezes, dos aspectos meramente processuais, atingindo questões que se prendem à própria relação jurídica de direito material***".[1]

Destarte, "***nas antecipações de tutela, considerando-se que a decisão, seja para concedê-las, seja para rejeitá-las, adentra, com base no material probatório disponível naquela oportunidade, ao mérito do que se discute nos autos do processo, não caracterizam prejulgamento, menos ainda parcialidade***

1 Artigo publicado na página http://jus.com.br/artigos/14756/prejulgamento-e-parcialidade-do-juiz/2#ixzz3143Dr2ov; acessado em maio de 2014.

Acesso ao Sumário

do juiz em favor de um dos litigantes e em prejuízo do outro, devendo ser considerado que ao final do procedimento a sentença definitiva poderá ser em sentido inverso ao que se decidiu em caráter precário e temporário".

Na hipótese vertente, o que se verifica é que o magistrado excepto, nada obstante tenha se prolongado desnecessariamente durante a fundamentação, não desbordou, tal como expressado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, de sua necessária imparcialidade, sendo certo que "***a parte que pretende obter uma antecipação de tutela, sem a oitiva da parte contrária, arrisca-se, obviamente, tanto em ter o seu pedido acolhido como denegado e, neste caso, tendo em vista a necessidade de o juiz fundamentar a sua decisão, ele poderá antecipar fundamentos que entende que podem ser alegados pela parte contrária. Por este motivo não se admite a alegação de suspeição do juiz que indeferiu o pedido de tutela antecipada com o simples argumento de que ele está prejulgando o feito; na medida em que se faz necessário, por exigência constitucional, que ele fundamente suas decisões***."

Verifica-se, pois, que o tema tem estrita natureza jurisdicional, não havendo fundamento fático ou jurídico a sustentar a imparcialidade do magistrado.

Nesse sentido:

Exceção de suspeição – Fragilidade de argumentos – Parcialidade do julgador não demonstrada – Exceção rejeitada.[2]

Ainda, para se caracterizar a parcialidade do juiz, não basta decidir ele, ainda que reiteradamente, contra a pretensão da parte. É indispensável serem as determinações judiciais movidas por interesses outros, que não o simples convencimento do Magistrado prolator das decisões, circunstância não evidenciada nos autos. Desse modo, no caso ora em análise, não se teve por caracterizada a alegada suspeição, porque o exercício regular da função jurisdicional não se apresentou como causa ensejadora de liame subjetivo entre a conduta do Juiz e as partes.[3]

Referida exegese, cumpre por fim ressaltar, foi sedimentada quando da edição do enunciado nº 88, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça, no sentido de que "***reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa***".

3. Ante o exposto, **rejeita-se a presente exceção de impedimento, determinando-se seu arquivamento**.

Acesso ao Sumário

2 Exceção de Suspeição nº 157.664.0/0, Rel. Des. LUIZ ANTONIO RODRIGUES DA SILVA, j. 02.06.2008.

3 Exceção de Suspeição nº 0292871-85.2011.8.26.0000, Rel. Des. GONZAGA FRANCESCHINI.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2004847-26.2014.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é impetrante A.P.M.B. e Paciente A.O.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial 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 39.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 26 de maio de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Habeas Corpus. Menor. Tráfico. Impetração contra sentença que aplicou a medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado ao paciente. Alegação de constrangimento ilegal consistente na suposta afronta ao artigo 122, do ECA e à Súmula nº 492 do E. STJ. Constrangimento ilegal não evidenciado, uma vez que a internação foi sopesada não só na gravidade da conduta, como também, nas circunstâncias pessoais que o jovem ostenta. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Defensor Público, Doutor A.P.M.B., em favor do adolescente A.O.S. (DN ...), sustentando, em suma, a ilegalidade da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de ... que, em face da prática de infração equiparada ao crime tipificado no artigo 33, *caput*, e 35, da Lei nº 11.343/2006, julgou procedente a representação formulada em desfavor do menor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, por tempo indeterminado. Alega, em síntese, a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma

vez que a decisão hostilizada não se amolda a nenhuma das hipóteses descritas no artigo 122 da Lei nº 8.069/90, daí ser inconcebível a imposição da medida adotada, em consonância, aliás, com a recente Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Requer, por conseguinte, o deferimento da liminar a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o deslinde do feito e, quanto ao mérito, a cassação da r. sentença quanto à medida socioeducativa aplicável ao caso sob análise (fls. 1/7).

O pedido foi indeferido (fls. 18/19), advindo notícia de que, junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, fora deferida liminar para que o paciente possa aguardar em semiliberdade até o julgamento do mérito (fls. 22/23).

Juntada as informações às fls. 25/26, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 28/31).

É o relatório.

Consabido é que o *habeas corpus* é a ação constitucional própria para a tutela da liberdade de locomoção dos indivíduos em face de eventuais constrangimentos ilegais ou arbitrários, o que significa, então, que a finalidade precípua do referido remédio constitucional é a proteção do direito de ir e vir das pessoas perante a ilegalidade e o abuso de poder, e não a reanálise de aspectos fáticos e jurídicos já apreciados por decisão judicial. Em verdade, a pretensão de rediscutir tais aspectos somente será oportunizada pela interposição do recurso cabível à espécie. O *habeas corpus*, portanto, não é sucedâneo de recurso.

Há precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 28.524/DF – decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux) nos quais se firmou o entendimento da "*inadequação da via do* habeas corpus *para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*" (STJ – HC 222.217/SC – 5ª Turma – rel. Min. Gilson Dipp – J. 12.6.2012).

Por essa razão, a análise, no caso, compreende somente a questão da ocorrência de eventual ilegalidade da sentença, que venha a violar o direito de liberdade do paciente.

Cabe observar que, em razão do princípio da proteção integral da criança e do adolescente (CF., art. 227, *caput*), o disposto no art. 122 do ECA não deve receber interpretação literal, sob pena de se ver perpetrada inadequada inversão de valores. Aliás, devem sempre ser prestigiados os métodos sistemático e teleológico para a interpretação das leis.

Não são poucos os precedentes desta E. Câmara Especial indicando a possibilidade de cabimento da medida mais restritiva para aquela modalidade de ato infracional: Apel. 0008234-64.2012.8.26.0126 – rel. Claudia Grieco Tabosa

Acesso ao Sumário

Pessoa; Apel. 990.10.050471-1 – rel. Des. Reis Kuntz; Apel. 990.10.062007-0 – rel. Des. Barreto Fonseca entre outros.

Ademais, a r. sentença, ao aplicar a medida de internação, considerou não somente a gravidade do ato infracional, mas também as condições pessoais do paciente. Há notícias nos autos (fls. 12/15) de que o adolescente possui vida completamente desregrada, tendo, inclusive, assumido papel de "gerente do tráfico" no local, evidenciando, assim, sua forte inserção no meio infracional.

Também não há que se apontar afronta à Súmula 492 do C. STJ, uma vez que não se analisou somente o aspecto objetivo do ato infracional.

Induvidoso, portanto, que o tráfico ilícito de drogas, pela sua própria natureza, produz grave ameaça ou violência à pessoa, sobretudo à coletividade. Assim, é de rigor o afastamento do menor do convívio social, para o fim de ressocializá-lo.

O eminente Desembargador Gonzaga Franceschini por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 2014145-76.2013.8.26.0000 destacou:

> "***Para decisão de outro teor, como a reclamada pela impetrante, exigia-se demonstração – ausente na espécie – de que o adolescente não apresenta desvio de conduta, possui aptidão psicológica, adequação temperamental, respaldo familiar e senso de responsabilidade, a indicar que a cassação da decisão combatida ou eventual imposição de medida mais branda viesse a favorecer a sua ressocialização.***
>
> ***Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o paciente, necessita de melhor orientação e que, com a medida, poderá contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.***"

No mesmo sentido:

> "**Habeas corpus.** ***Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes com a aplicação da medida de internação. Interpretação sistemática do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com os artigos 6º, 112 e 121, todos do ECA. Ato infracional grave, equiparado a hediondo. Meio delitivo que expõe o adolescente à violência física e psicológica. Ausência de ilegalidade. Precedente do STJ. Impossibilidade de avaliação das condições pessoais. Ordem denegada***" (TJ/SP, HC 0103810-74.2012.8.26.0000, j. 25/06/2012).

Na verdade, ao dispor, no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (inciso I) ou por reiteração no cometimento de outras infrações graves (inciso

Acesso ao Sumário

II), o que fez o legislador foi possibilitar a aplicação da medida socioeducativa de internação para todos os casos de atos infracionais revestidos de gravidade. E, o tráfico ilícito de entorpecentes reveste-se de tamanha gravidade que foi incluído entre os crimes de caráter hediondo (artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 8.072/90).

A propósito, Vicente Greco Filho, ao comentar o delito, verbera que "*o bem jurídico protegido pelo delito é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social*" (Tóxicos – Prevenção – Repressão, SP, Saraiva, 1995, 10ª edição, pág. 83).

Assim, interpretando-se sistematicamente o referido artigo, inegável concluir que os fins estatutários, que sustentam a referida legislação específica, estão bem assegurados na manutenção da medida socioeducativa de internação aplicada, pois, no caso, é a única que se mostra capaz de garantir a proteção, recuperação e reflexão do adolescente acerca da infração perpetrada.

Por essa razão, evidenciado nos autos que a medida socioeducativa de internação para a infração equiparada ao crime de tráfico de drogas é perfeitamente viável e recomendável, posto que outra mais branda não se mostra capaz de afastar o jovem infrator do meio deletério, é de se concluir pela perfeita legalidade de sua imposição, pois, em total consonância com o princípio da proteção integral, escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, inexiste o apontado constrangimento ilegal e, portanto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000702-10.2013.8.26.0480, da Comarca de Presidente Bernardes, em que são apelantes JANDIRA MARCHIORI TEIXEIRA e JOSE LUIZ TEIXEIRA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE PRESIDENTE BERNARDES.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "PREJUDICADA A DÚVIDA, NÃO CONHECERAM DO RECURSO, COM DETERMINAÇÃO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 33.936)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 18 de março de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA PREJUDICADA – AUSÊNCIA DO TÍTULO – FORMAL DE PARTILHA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fl. 74, a qual julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis de Presidente Bernardes e manteve a recusa do registro do formal de partilha expedido nos autos da ação de arrolamento nº 1.205/2005.

Alegaram, em suma, que o erro ao inventariar apenas 50% foi apenas formal e que a recusa do registro configuraria preciosismo e formalismo; que também suscitaram dúvida inversa a qual não foi apreciada na sentença; que o MM. Juiz Corregedor Permanente não ouviu a pessoa de José Alexandre Ibanez, que conduziu a serventia extrajudicial interinamente antes do atual Oficial.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, em sede de preliminar, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento (fls. 97/99).

É o relatório.

A dúvida encontra-se prejudicada porque não consta dos autos o original do título que se pretendia ver registrado e que ensejou a nota de exigência de fls. 11.

Em verdade, não há sequer cópia do formal de partilha. Nesse sentido, observa-se que o documento de fls. 31 (também cópia simples) não supre a necessidade do título, no original, para a apreciação da dúvida, pois não é o formal de partilha. É apenas uma folha de cópia da partilha amigável, mencionando o valor do bem e o valor da meação.

O art. 198, IV, da Lei 6.015/73 determina que, no procedimento da dúvida, sejam remetidas ao juízo competente as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Na mesma linha, o item 30 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, assim dispõe:

> "30. Não se conformando o apresentante com a exigência, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao Juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte:
>
> a) o título será prenotado;
>
> b) será anotada, na coluna "atos formalizados", à margem da prenotação, a observação "dúvida suscitada", reservando-se espaço para anotação do resultado;
>
> c) após certificadas, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, será aquele rubricado em todas as suas folhas;
>
> d) em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la no prazo legal;
>
> e) certificado o cumprimento do acima disposto, as razões da dúvida serão remetidas ao Juízo competente, acompanhadas do título, mediante carga"(g.n.).

Confira-se posicionamento recente do Conselho Superior da Magistratura:

> Registro de Imóveis. Negativa de acesso ao fólio real de instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel. Nota de devolução que apresenta seis exigências. Apelante que manifesta o seu inconformismo contra apenas uma delas, comprometendo-se a cumprir as demais. Dúvida inversa instruída com cópia do título apresentado a registro. Dúvida inversa prejudicada. Recurso

Acesso ao Sumário

não conhecido. Cuidam os autos de dúvida inversa de registro de imóveis suscitada por Pedro Amaral em face do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Bariri. O apelante apresentou, para registro, instrumento particular de compromisso de compra e venda de uma área de terras desmembrada da matrícula 16.397 daquele Cartório. O Oficial recusou-se a efetuar o registro, apresentando nota de devolução com seis exigências. O suscitante conformou-se com cinco delas, comprometendo-se a cumpri-las, mas não com a necessidade de qualificar completamente e já fazer constar do instrumento particular as testemunhas. O MM. Juiz Corregedor Permanente não conheceu a dúvida inversa, sob o fundamento de que, não impugnadas as demais exigências, ela ficou prejudicada. Inconformado com a respeitável decisão, interpôs o interessado, tempestivamente, a presente apelação. Sustenta que a dúvida inversa é meio adequado para questionar as exigências do Registrador, e que a sentença deveria determinar o registro, cumpridas todas as exigências, com exceção da primeira. As demais seriam cumpridas durante a análise da regularidade daquela que foi impugnada. A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento ao recurso (fls. 38/41). É o relatório. A nota de devolução (fls. 07) confirma que o Oficial formulou ao apelante seis exigências. Ao suscitar a dúvida inversa, ele questionou apenas a primeira, esclarecendo que "com relação às demais 5 exigências o requerente em nada se opõe". Ainda na inicial, o apelante esclarece que elas seriam atendidas por ele. O Egrégio Conselho Superior da Magistratura já decidiu, reiteradas vezes, que, não havendo impugnação a todas as exigências da nota de devolução, a dúvida fica prejudicada, e não pode ser conhecida. Nesse sentido, é representativo o V. Acórdão proferido na apelação cível 1.096-6/6, de 14/04/2009, rel. Desembargador Ruy Camilo: "Não fosse o óbice decorrente da ausência da apresentação do original do título a ser registrado, também estaria prejudicado o exame da presente dúvida em virtude de ter havido impugnação parcial às exigências formuladas pelo registrador, o que restou patenteado nos autos pelo fato de ter o suscitante admitido em sua manifestação inicial que ainda não havia recolhido o ITBI, cujo comprovante foi exigido pelo Registrador, mas que pretendia, porém, fazê-lo segundo o valor do negócio, à falta de lançamento de IPTU sobre a unidade autônoma negociada. A dúvida registrária, como sabido, não admite o exame parcial das exigências feitas pelo registrador, na medida

Acesso ao Sumário

em que mesmo afastada a exigência impugnada permanecerá a inviabilidade do registro em razão do não atendimento das demais exigências que foram aceitas, ainda que tacitamente. Não seria cabível o atendimento de exigência no curso do procedimento de dúvida, visto que referido fato resultaria na prorrogação indevida do prazo da prenotação, em detrimento do registro de eventuais títulos representativos de direitos reais contraditórios. A presente apelação não pode, portanto, ser conhecida, devendo ser tida por prejudicada a dúvida inversamente suscitada". Além disso, o suscitante instruiu a dúvida inversa com cópia do documento apresentado a registro, o que também é causa de não conhecimento. Acerca de hipóteses semelhantes este Conselho tem posição firmada, da qual é representativo o V. Acórdão proferido na Apelação Cível nº 43.728-0/7, da Comarca de Batatais, publicado D.O.E., Poder Judiciário, Caderno I, Parte I, de 13 de outubro de 1998, página 04, e relatado pelo eminente Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição. Eis sua ementa: "REGISTRO DE IMÓVEIS - Dúvida inversamente suscitada - Falta do título original e de prenotação - Inadmissibilidade - Prejudicialidade - Recurso não conhecido. (...)*Pacífica a jurisprudência deste Colendo Conselho Superior da Magistratura no sentido da necessidade de apresentação do título original, como decidido na apelação cível n.º 30.728-0/7, da Comarca de Ribeirão Preto, Relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha, nos seguintes termos: 'Ora, sem a apresentação do título original, não admite a discussão do quanto mais se venha a deduzir nos autos, porque o registro, em hipótese alguma, poderá ser autorizado, nos termos do artigo 203, II, da Lei 6.015/73. Não é demasiado observar que no tocante à exigência de autenticidade, o requisito da exibição imediata do original diz respeito ao direito obtido com a prenotação do título, direito que não enseja prazo reflexo de saneamento extrajudicial de deficiências da documentação apresentada'". Como se vê, acertada a decisão de primeira instância, ao julgar prejudicada a dúvida. E, diante disso, não há como conhecer do recurso, como observado pela ilustre Procuradoria Geral de Justiça. Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, não conheço do recurso. (Apelação Cível nº 990.10.212.362-6, Comarca de Bariri, Relator Desembargador Corregedor Geral da Justiça Munhoz Soares, data do julgamento 03/08/2010)*.

Com relação à dúvida inversa levantada pelos apelantes às fls. 34/36, tem-se que não cabe o incidente no curso de procedimento de dúvida já instaurado e

que tramitava por outro motivo (outra nota de exigência).

Além disso, o conhecimento do reclamo de fls. 34/36 também exigiria, como na dúvida inicial, do original do formal de partilha que teve o registro obstado.

Não obstante a prejudicialidade acima apontada, conveniente observar, com relação ao argumento dos apelantes de que o Juiz Corregedor Permanente não ouviu o antigo responsável pelo Registro de Imóveis, que o item 30.4.1 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça se refere ao tabelião que lavrou a escritura objeto da desqualificação, o que não é o caso dos autos, pois o título objeto da exigência foi um formal de partilha, não uma escritura pública lavrada por tabelião.

Também em tese, cabe mencionar que para ingresso no fólio real o formal de partilha deve atender aos requisitos do art. 993, IV, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, há decisão de 10.12.2013 deste Conselho Superior da Magistratura, na Apelação Cível nº 0002180-42.2012.8.26.0204, assim ementada:

> REGISTRO DE IMÓVEIS - Escritura Pública de Inventário e Partilha - Necessidade de se inventariar a totalidade dos bens havidos em comunhão no matrimônio - Universalidade de Direitos - Recurso provido.

Isso, vale ressaltar novamente, menciona-se apenas em tese e considerando a alegação de que foi inventariada apenas metade do imóvel, já que o formal de partilha não veio aos autos para que pudesse ser analisada e verificada a alegação.

Por fim, cabe determinar que o MM. Juiz Corregedor Permanente apure a razão pela qual não veio aos autos o título objeto da exigência, qual seja, o formal de partilha.

Ante o exposto, prejudicada a dúvida, não conheço do recurso. Oficie-se ao MM. Juiz Corregedor Permanente, nos termos do parágrafo acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005984-59.2013.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante SCAMATTI & SELLER INVESTIMENTOS O2 S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE VOTUPORANGA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 33.952)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 18 de março de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – RECUSA DE REGISTRO DE LOTEAMENTO – AÇÃO PENAL AJUIZADA CONTRA O ANTIGO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL, REFERENTE A CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EXPRESSA VEDAÇÃO DO REGISTRO – ARTIGO 18, INCISO III, "C", E §2º, DA LEI 6.766/79 – EXAME DOS ASPECTOS FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PELO OFICIAL – RECUSA CORRETA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MMº Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Votuporanga, que julgou procedente a dúvida suscitada e negou o registro do loteamento denominado "Parque Campo Belo", em razão da existência de ação criminal em tramitação contra um dos antigos proprietários do imóvel, ao qual foi imputada a prática de crimes descritos no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 e artigo 347 do Código Penal.

A apelante afirma que a ação penal pela qual responde o senhor Mauro André Scamatti, antigo proprietário do imóvel, para apuração da prática do crime tipificado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, não versa acerca de delito que se enquadre entre os crimes contra a Administração Pública, como já reconheceu a Justiça Eleitoral no Recurso Especial nº 7679/AM. Invoca os princípios da pessoalidade e da presunção de inocência e sustenta que o artigo 18, inciso IV, "d", e §1º, da Lei 6.766/79, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Diz que cumpriu todas as exigências legais e que não há possibilidade de a referida ação penal causar danos aos futuros adquirentes, seja pelo fato de a titularidade do domínio do antigo proprietário corresponder apenas a 12,5% do imóvel, seja pelo fato de a venda ter sido realizada há quase dez anos.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A qualificação do título é integralmente feita no momento em que ele é apresentado ao Oficial para registro, o que impede a juntada de documentos posteriormente, no curso do procedimento, e torna a dúvida prejudicada.

Inobstante, os documentos apresentados com a impugnação são referentes a óbices apresentados anteriormente pelo Oficial e considerados por ele como superados, não se referindo, portanto, ao objeto da dúvida suscitada; aqueles juntados posteriormente à manifestação do Ministério Público destinaram-se a resolver questão colocada no parecer do Dr. Promotor de Justiça e na sentença do MMº Juiz Corregedor Permanente, acerca de "fato notório" relacionado à "Operação Fratelli", que envolve os proprietários da empresa requerente e pedido de indisponibilidade de bens ajuizado perante a Justiça Federal, o que, do mesmo modo, não faz parte da dúvida suscitada, portanto, não a torna prejudicada.

A recusa de registro do loteamento requerido pela apelante fundou-se na existência de ação penal em trâmite contra o antigo proprietário do imóvel, senhor Mauro André Scamatti, acusado da prática dos crimes previstos no artigo 183 da Lei 9.472/97 e artigo 347, parágrafo único, do Código Penal, tendo-se considerado o disposto na Lei do Parcelamento do Solo Urbano, no sentido de que o registro não é possível se houver ações penais contra o patrimônio e contra a Administração Pública.

O artigo 18, inciso III, "c", da Lei 6.766/79, exige como requisito para o registro do loteamento certidões de ações penais referentes aos crimes contra o patrimônio e contra a administração pública, e o §2º do mesmo dispositivo dispõe que a existência de protestos, de ações pessoais ou de ações penais, exceto as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração, não impedirá o registro do loteamento, se o requerente comprovar que esses protestos ou ações não poderão prejudicar os adquirentes dos lotes.

Tais disposições legais deixam claro que a existência de ação referente a crime contra o patrimônio ou contra a administração não autorizam qualquer análise e juízo de valor quanto à possibilidade ou não de prejuízo aos adquirentes dos lotes, ou seja, a norma é cogente e deve ser observada em seus estritos termos.

A Lei 9.472/97 disciplina os serviços de telecomunicações e na parte referente às sanções penais descreve no artigo 183 como conduta criminosa desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações. O artigo 347, parágrafo único, do Código Penal, cuida da fraude processual e está inserido no Capítulo III, que trata "Dos Crimes Contra a Administração da Justiça".

O Oficial não deve examinar aspectos intrínsecos como pretende a

recorrente, ao sustentar que o crime previsto na Lei 9.472/97 não deve ser considerado contra a Administração, pois, ainda que, apenas a título de argumentação, assim se admitisse, não há como sustentar o mesmo em relação ao crime de fraude processual e que visa proteger a Administração da Justiça, tanto que o recorrente nada mencionou a respeito desta ação penal.

Inviável, pelos mesmos motivos, questionar o artigo 18, inciso IV, "d" e §1º, da Lei 6.766/79, e que está em vigor, no que diz respeito à recepção ou não pela Constituição Federal, e tampouco se ofende aos princípios da presunção de inocência e da pessoalidade.

Consoante lições da Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder o exame da legalidade do título e apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e sua formalização instrumental (Registro de Imóveis, editora Forense, 4ª edição).

O exame da legalidade consiste na aceitação para registro somente do título que estiver de acordo com a lei.

Vicente Celeste Amadei e Vicente De Abreu Amadei, na obra "Como Lotear Uma Gleba", bem mostram a distinção entre os documentos que visam o resguardo do interesse público e os que visam o resguardo do interesse privado:

> *"Note-se, ainda, em exame conjunto dos diversos documentos de apresentação necessária que alguns deles têm em vista o resguardo do interesse público, urbanístico e administrativo (ato de aprovação, cronogramas de obras acompanhado de instrumento de garantia, termo de verificação de obras, etc.); outros, o interesse privado, negocial e civil, de tutela de futuros adquirentes de lotes (histórico dos títulos de propriedade, certidões de ações reais e pessoais, de protesto de títulos, contrato-padrão etc.).*
>
> *Por isso se diz que o serviço de registro de imóveis exerce, em tema de registro de parcelamento do solo, função instrumental de controle urbanístico da propriedade e função instrumental protetivo-social dos adquirentes.*
>
> *No entanto, é bom salientar que, enquanto as autoridades administrativas exercem o controle urbanístico preventivo direto e material, o oficial registrador o faz apenas de modo indireto e formal, pois estamos diante de esferas de atribuições e funções distintas. Logo, para os documentos relativos ao resguardo do interesse público urbanístico e administrativo, não cabe ao oficial registrador promover investigação de fundo, quer técnica, quer de controle de sua legalidade material, mas apenas de sua existência jurídica e de sua validade formal*." (Millennium Editora, 2ª edição, p.144/145).

Em síntese, o exame do título é restrito aos aspectos formais, extrínsecos, e deve observar o princípio da legalidade. Agiu corretamente, o Oficial, ao se ater a tais aspectos e recusar o registro em razão da existência dos crimes indicados na certidão de fls.50/51.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011231-64.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEONOR PAJARO GRANDE FERREIRA, é apelado 7º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.024)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – FRAÇÃO IDEAL ADQUIRIDA POR PERMUTA, NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO EM QUE O REGIME DE BENS ERA O DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - PRESUNÇÃO DE QUE RESTOU COMUNICADA AO OUTRO CÔNJUGE (AQUESTO, SÚMULA 377, STF) – EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE NO BEM DADO EM PERMUTA – NECESSIDADE DA SUB-ROGAÇÃO DE VÍNCULO PARA MANTER A RESTRIÇÃO NO BEM RECEBIDO, INOCORRENTE NA ESPÉCIE – HIPÓTESE, AINDA, EM QUE O CÔNJUGE DA SUSCITANTE FALECEU – EXIGIBILIDADE DO REGISTRO DO FORMAL DE PARTILHA, ONDE SE DEMONSTRE QUE O AQUESTO LHE TOCOU, EXCLUSIVAMENTE, PARA QUE

Acesso ao Sumário

POSSA INSTITUIR USUFRUTO EM FAVOR DE COPROPRIETÁRIA – AUSÊNCIA DE TAL PROVIDÊNCIA QUE QUEBRA A CONTINUIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Leonor Pajaro Grande Ferreira interpôs recurso administrativo contra sentença que manteve a recusa de registro de escritura que instituiu usufruto a favor de coproprietária, sua irmã.

Consta dos autos que o bem imóvel objeto da matrícula n. 44.856 era de propriedade de Guadalupe Fernandez Pajaro, que transmitiu o imóvel, por testamento, aos cinco herdeiros-filhos Leonor, Lourdes, Sérgio, Luíza e Lilian., na proporção de 20% para cada um, gravando as frações com cláusula de incomunicabilidade.

Por escritura datada de 06/04/06, Luíza, Lilian e Sérgio transmitiram a Leonor, a interessada na dúvida registrária, por permuta, as suas frações de 20%, com o que esta última passou a ser proprietária dos 20% que já havia recebido por testamento e dos 60% que lhe foram transmitidos, por permuta.

Agora, pretende instituir usufruto, a favor da outra irmã, Lourdes, sobre 80% do imóvel matriculado.

O oficial qualificou negativamente a escritura do usufruto, sob o argumento da quebra de continuidade. Disse que sobre os 60% recebidos a título de permuta não incide a cláusula da incomunicabilidade, restrita a atos graciosos ou de mera liberalidade, como doação e testamento.

A permuta é negócio oneroso e a cláusula, via de consequência, não acompanha o bem. Para instituí-la sobre o bem recebido, seria necessária a sub-rogação de vínculo, por meio de procedimento de jurisdição voluntária.

Dessa maneira, os 60% recebidos na constância do casamento se comunicaram ao falecido cônjuge e, por isso, não é possível instituir usufruto sobre o total de 80% sem que se junte formal de partilha, que demonstre que os 60% foram revertidos, em sua totalidade, para Leonor.

A sentença de primeiro grau julgou procedente a dúvida e o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O raciocínio do Oficial está correto. Embora a interessada afirme que obteve os 60% do imóvel – 20% de cada um de três irmãos – dando como permuta outros bens também gravados com cláusula de inalienabilidade (o que não está comprovado nos autos), o fato é que a permuta é um negócio jurídico

Acesso ao Sumário

oneroso.

Além da incompatibilidade entre a onerosidade do negócio e a instituição da cláusula de incomunicabilidade, o fato é que Leonor era casada quando recebeu os 60% em permuta, presumindo-se, assim, a comunicação do aquesto.

O R.09 da matrícula (fl. 20) retrata que a fração de 60% do imóvel foi transmitida, por permuta, por Luiza, Lilian e Sérgio para Leonor, casada, sem qualquer menção à cláusula de incomunicabilidade.

Por outro lado, não providenciou ela, quando da aquisição das frações ideais no total de 60%, a sub-rogação de vínculo. Se, como afirma, para a obtenção dessa fração ideal permutou outros bens também gravados com a cláusula, deveria ter providenciado, naquela oportunidade, por meio de procedimento de jurisdição voluntária (art. 1.112, II, CPC e 1848, §2º, CC) a sub-rogação do vinculo da incomunicabilidade, o que não se fez e, por isso, o R. 09 retrata uma situação de fato em que a fração recebida se comunicou ao marido, que então era vivo.

Nesse cenário, permitir que se instituísse usufruto sobre o total de 80% violaria o princípio da continuidade em relação aos 60% recebidos a título de permuta. Se essa fração ideal se comunicou, pelas razões acima expostas, só pode haver a instituição do usufruto se for registrado formal de partilha tirado dos autos do inventário dos bens deixados por José Gomes Ferreira, marido falecido de Leonor.

Apenas à vista desse formal de partilha se poderia verificar se o bem foi revertido, em sua totalidade, para Leonor e, aí sim, ela poderia instituir o usufruto sobre a totalidade dos 80%.

Sem essa comprovação, não se conhece o destino dado à parte cabente ao cônjuge falecido, o que faz concluir que, caso permitido o registro da escritura do usufruto, haveria quebra da continuidade.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003761-77.2013.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante N A FOMENTO MERCANTIL LTDA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DA COMARCA DE AMERICANA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de

Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 3 de junho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA COM PACTO ADJETO DE CONSTITUIÇÃO DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E OUTRAS AVENÇAS – IMÓVEL INDISPONÍVEL – PENHORA, EM EXECUÇÃO FISCAL, A FAVOR DA FAZENDA NACIONAL E DA UNIÃO – RECUSA DO REGISTRO COM BASE NO ARTIGO 53, §1º, LEI 8.212/91 – ALIENAÇÃO VOLUNTÁRIA – IRRELEVÂNCIA DA AQUISIÇÃO ANTERIOR POR ALIENAÇÃO FORÇADA - REGISTRO INVIÁVEL – DÚVIDA PROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MMª Juíza Corregedora Permanente do Registro de Imóveis da Comarca de Americana, que julgou parcialmente procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro de "Escritura Pública de Confissão de Dívida com Pacto Adjeto de Constituição e Propriedade Fiduciária e Outras Avenças", referente ao imóvel matriculado sob número 58.408, fundada no fato de o bem estar indisponível por força das penhoras números 4 e 5, em favor da Fazenda Nacional e da União, nos termos do §1º do artigo 53 da Lei nº 8.212/91.

A apelante afirma que a atual proprietária adquiriu o imóvel em alienação judicial decorrente de ação trabalhista, quando já havia o registro das penhoras, e que se trata de forma de aquisição originária, razão pela qual os gravames anteriores deixam de existir. Diz que se houvesse determinação legal de indisponibilidade o título judicial apresentado jamais poderia ter ingressado no registro, e que não é possível atribuir ao atual proprietário ônus do antigo, além de ter ocorrido subrogação do crédito fiscal no produto da venda. Cita precedentes.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Está sedimentado, no âmbito do Conselho Superior da Magistratura, entendimento no sentido de que, em razão do artigo 53, §1º, da Lei nº 8.212/91, não é possível ingressar no registro título que importe disposição ou oneração, decorrente de alienação voluntária ou forçada, na medida em que a indisponibilidade constitui forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade de bens, e em que o referido dispositivo legal tem caráter genérico, a exemplo do decidido em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Luiz Tâmbara, então Corregedor Geral da Justiça:

> *"Registro de Imóveis – Procedimento de dúvida – Negativa de acesso de carta de arrematação – Imóvel penhorado, em parte ideal, em execução fiscal – Indisponibilidade determinada pelo artigo 53, par. 1º, da Lei 8.212/91 – Dúvida procedente – Recurso Desprovido.*
>
> *(...)*
>
> *Já de há muito sedimentado, diga-se em primeiro lugar, o entendimento de que 'enquanto não liberadas as constrições impostas em decorrência de penhoras concretizadas em execuções fiscais movidas pela Fazenda Nacional, impossível o acesso de carta de arrematação' (Apelação n. 029.886-0/4, São Paulo, j. 04/06/1996, rel. Des. Márcio Bonilha). Isso porquanto, como está no mesmo aresto, 'a indisponibilidade de bens decorrente da Lei 8.212/1991 (art. 53, parág. 1º) envolve a expropriação forçada e conseqüente venda judicial para pagamento das obrigações do devedor'. Sendo assim, decidiu-se que 'a indisponibilidade de bens é forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, impedindo o acesso de títulos de disposição ou oneração, ainda que formalizados anteriormente à decretação da inalienabilidade'.*
>
> *De outra parte, ante o sistema constitutivo que caracteriza o registro de imóveis, além disso, marcado pelo princípio do encadeamento subjetivo e objetivo dos atos lá assentados, importa, para verificação da disponibilidade e continuidade, que se apure a data do registro da penhora em relação ao ingresso da arrematação. Ou seja, se antes registrada a constrição, mesmo que depois da efetivação da data da alienação judicial, mas não levada, oportunamente ao fólio, não poderá mais sê-lo, 'a posteriori'.* (Ap. Cív. n. 100.023-0/4 – j. 29.05.2003).

No mesmo sentido, transcrevo trecho de aresto relatado pelo eminente Desembargador José Mário Antonio Cardinale, então Corregedor Geral da

Acesso ao Sumário

Justiça, na Apelação Cível n. 386-6/2, julgada em 06.10.2005:

> *"O imóvel objeto da arrematação judicial foi penhorado em processo executivo ajuizado pela Fazenda Nacional, tornando-se, portanto, indisponível.*
>
> *Neste sentido é o entendimento pacífico do Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível Nº 76.562-0/5, Americana e na Apelação Cível nº 79.730-0/4, Capital.*
>
> *A lei não faz distinção quanto à abrangência da indisponibilidade, que atinge tanto os atos voluntários de alienação, quanto os de venda judicial forçada, e nem haveria motivo para tal diferenciação.*
>
> *O Conselho Superior da Magistratura já teve oportunidade de decidir que a indisponibilidade é forma especial de inalienabilidade e de impenhorabilidade e que o dispositivo legal tem caráter genérico, e não compete ao registrador interpretá-lo restritivamente (Ap. Cível n. 76.562-0/5, j. 23.05.2001, Rel. Luís de Macedo).*

Esse entendimento consolidado neste Conselho sofreu recente modificação, no sentido de que a indisponibilidade decorrente do § 1º, do art. 53, da Lei nº 8.212/91, incide apenas sobre a alienação voluntária e não sobre a forçada, e isso com fundamento em decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 512.398, em cujo voto condutor do eminente relator Ministro Felix Fischer fazem-se as seguintes considerações:

> *"Tenho, contudo, que a indisponibilidade a que se refere o dispositivo (referindo-se ao § 1º, do art. 53, da Lei 8.212/91) traduz-se na invalidade, em relação ao ente Fazendário, de qualquer ato de alienação do bem penhorado, praticado sponte própria pelo devedor-executado após a efetivação da constrição judicial. Sendo assim, a referida indisponibilidade não impede que haja a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto."* (Apelação nº 0007969-54.2010.8.26.0604 – Relator Desembargador Renato Nalini).

Neste mesmo sentido:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – dúvida inversa – imóvel penhorado com base no art. 53, §1º, da Lei 8.212/91 – Indisponibilidade que obsta apenas a alienação voluntária – Possibilidade de registro da Carta de Arrematação – Recurso provido."* (Apelação Cível nº 0004717-40.2010.8.26.0411 – Relator Desembargador Renato Nalini).

Acesso ao Sumário

A apelante insiste em que, não obstante o título apresentado decorra de alienação voluntária, o que deve ser considerado no caso vertente é a alienação judicial realizada anteriormente e que permitiu o ingresso do título no fólio real, com a consequente transferência da titularidade do domínio à atual proprietária, porém, os julgados nos quais se baseia tratam estritamente de casos de alienação forçada e que estão em consonância com o artigo 22 do Provimento CG nº 13/2012, pelo qual *"As indisponibilidades averbadas nos termos deste Provimento e as decorrentes do §1º, do art.53, da Lei 8.212, de 24 de junho de 1991, não impedem a alienação, oneração e contrições judiciais do imóvel"*.

Não há fundamento válido a agasalhar a pretensão da apelante e o Conselho Superior da Magistratura, ao julgar casos semelhantes, negou a pretensão do interessado de ingresso de título decorrente de alienação voluntária precedido de registro de título decorrente de alienação forçada, em razão da permanência de restrições decorrentes de penhoras que impedem posterior alienação voluntária, a exemplo da Apelação Cível nº 0003288-37.2009.8.26.0358, julgada em 10/5/12 e relatada pelo Desembargador José Renato Nalini, mencionada pelo Oficial suscitante, e da Apelação Cível nº 0054473-65.2012.8.26.0114, também relatada pelo Desembargador José Renato Nalini, cuja ementa assim dispõe:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – escritura de compra e venda - hipoteca cedular registrada - ausência de anuência do credor hipotecário - penhora em favor da Fazenda Nacional - indisponibilidade que obsta as alienações voluntárias - Recurso não provido."*

Esse julgado, do mesmo modo que o caso vertente, tratou de hipótese na qual anteriormente à alienação voluntária, houve adjudicação do imóvel em execução trabalhista e permanência de restrições que impedem o registro de títulos decorrentes de alienação voluntária.

Em relação à segunda exigência, baseada na existência de contradições de algumas cláusulas e não observância do disposto no §5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, verifica-se que a letra "i" da cláusula décima primeira repete o referido dispositivo legal, e o parágrafo único da cláusula décima segunda dispõe no mesmo sentido, portanto, não são contraditórias entre si nem tampouco afrontam o referido dispositivo legal. Por fim, o parágrafo quinto da cláusula décima primeira trata de questão diversa em relação àquelas, de modo que não é caso de confrontá-las, além de esta última não se referir à alienação voluntária do bem, como afirmado pelo Oficial.

Em que pese o afastamento dessa segunda exigência, a manutenção da primeira obsta o registro, o que traz como consequência a procedência da dúvida e não a parcial procedência consignada na sentença, nos termos do inciso I do artigo 203 da Lei de Registros Públicos.

Com tal observação, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

RICARDO MAIR ANAFE (Desembargador Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Luís Paulo Aliende Ribeiro, Nelson Paschoal Biazzi Júnior e Ana Luiza Liarte. (Sessão solene de 06.05.14)

Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor José Renato Nalini, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem peço vênia para cumprimentar todas as autoridades nomeadas e que compõem a mesa. Senhores Desembargadores, Senhores Juízes, Promotores, Procuradores, Advogados; Defensores Públicos; funcionários; familiares dos homenageados; senhoras e senhores,

Senhor Presidente, não poderia passar despercebida sincera e profunda gratidão a Vossa Excelência, por me cometer a honrosa missão de saudar os novos e ilustres integrantes desta amada Corte.

Tamanho apanágio não poderia ser por mim declinado, apesar do meu pouco gosto,

praticamente nenhum, por empreender discursos, pelo que, de antemão, peço escusas pelos eventuais pecadilhos e aproveito a oportunidade para relembrar o dito há poucos dias nesta Colenda Casa pelo culto Ministro Ayres Brito: “o jurisdicionado tem o direito constitucional à razoável duração do processo, e a plateia tem direito à razoável duração do discurso”.

Num clima de imensurável alegria saúdo os novos **Desembargadores Nelson Paschoal Biazzi Júnior, Luís Paulo Aliende Ribeiro e Ana Luiza Liarte**.

Tenho o dever de justiça de congratular os seus familiares, porque igualmente responsáveis pelo sucesso desses brilhantes magistrados, cujas marcantes trajetórias foram

possíveis graças ao apoio diuturno, silencioso, quiçá sofrido, daqueles

que os amam incondicionalmente. Ainda que não estejam presentes fisicamente, vivem...,vivem em nossos corações, em nossas doces lembranças...

> **"(...) Em teus olhos mirar meu pensamento, Sentir em mim tu'alma, ter só vida P'ra tão puro e celeste sentimento Ver nossas vidas quais dois mansos rios, Juntos, juntos perderem-se no oceano, (...) "**[1]

É belíssima a história de dedicação desses três notáveis Magistrados ao Judiciário Bandeirante, iniciada desde o alvorecer de suas juventudes: cada vida um rio, que se uniu à Magistratura de forma única, como num oceano.

O Doutor **Nelson Paschoal Biazzi Júnior** foi nomeado Juiz Substituto da 15ª Circunscrição Judiciária em maio de 1986, tendo sido promovido, após, para Serrana, Andradina, Sorocaba, Juiz Auxiliar da Capital e Titular da 2ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, removido ao cargo de Juiz de Direito Substituto em 2º Grau em janeiro de 2008 e promovido para o cargo de Desembargador em 02/04/2014.

O Doutor **Luís Paulo Aliende Ribeiro**, foi nomeado Juiz Substituto da 8ª Circunscrição Judiciária em março de 1988, tendo sido promovido, como Juiz de Direito para Taquarituba, Mogi Guaçu, Auxiliar da Capital e, Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública Central (Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça, por três biênios), sendo então, removido ao cargo de Juiz de Direito Substituto em 2º Grau em novembro de 2009, para, após, ser promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça em 02 de abril p.p..

Os dois mansos rios se uniram também cedo na vida da Doutora **Ana Luiza Liarte**, em março de 1988 foi nomeada Juíza Substituta da 16ª Circunscrição Judiciária, promovida, posteriormente, para General Salgado, Santa Isabel, Juíza Auxiliar da Capital e titular da 8ª Vara Cível Central, sendo removida para o cargo de Juiz de Direito Substituto em 2º Grau em novembro de 2009 e promovida ao cargo de Desembargadora, igualmente, em 02 de abril p.p..

Os nobres Magistrados, coincidentemente, iniciaram suas atividades no Poder Judiciário como escreventes, o Doutor Nelson Biazi no 16º Ofício Civil da Capital; o Doutor Luis Paulo, no 2º Tribunal de Alçada Civil e a Doutora Ana Luiza escrevente no Cartório do Júri da Comarca de Santos.

1 **Castro Alves**, "Amar e ser amado".

Noticiário
Acesso ao Sumário

De igual forma, como pura coincidência, quando da remoção ao cargo de Juiz Substituto em 2º Grau, o conhecido e carinhosamente denominado "Pinguim", os três foram designados para a Colenda Seção de Direito Público, para exercer a judicatura, respectivamente na 17ª, 1ª e 4ª Câmaras de Direito Público, onde de fato, permanecem, como Desembargadores imediatamente ou mediatamente, dando continuidade a prestação jurisdicional caracterizada por Acórdãos lapidares, verdadeiros primores de elegância, clareza e precisão.

Três exímios juízes, vocacionados, que passam a integrar este Egrégio Tribunal para engrandecê-lo com um profundo conhecimento da magistratura e da virtude indispensável para o bem julgar: a *prudentia*, sabedoria prática, no dizer de Aristóteles, que faz o homem deliberar de forma eficiente pautado na verdade[2]. Enriquecerão a iluminada Corte Paulista com o saber tanto científico, quanto artístico, porque, como se dizia em Roma o Direito é a arte do bom e do justo (*ius est ars boni et æqui*[3]).

A toga há de ser envergada com altivez e humildade. O Juiz não julga sob o império de paixõesódio, amor, interesse, contemplação. De igual forma, o Magistrado não se curva diante do poder ou dos poderosos, não decide por fanfarronice nem para cortejar a popularidade. Aquele que enverga a toga almeja o cumprimento heroico e bem acabado do dever, ainda que grasse em nosso céu raios fúlgidos de incompreensão, pois recusamos ofensas abertas ou veladas aos princípios constitucionais e as leis. Não há vaidade que dite uma sentença, nem pessoalidade que a defina.

Unamos, amigos, nossos esforços na construção de um Tribunal cada dia mais eficiente, fiel à Constituição da República, na certeza de que todos temos o poder-dever de contribuir para a razoável duração do processo, sem esquecer do grande ideal por trás das folhas de papel, agora, telas de computador: a concretização da justiça e da paz social; sem olvidar que o juiz é **JUIZ**, não é acadêmico, nem tecnocrata; não é máquina, é pessoa, um intelectual, consciente da realidade onde vive, que busca dar o melhor de si, ainda que possa errar e, por vezes erre – cai, mas levanta rápido; sem se perder de vista, por fim, que honra, dignidade e respeito não se negociam (*res extra commercium*).

Lembrando oração do ilustre Ministro Laudo de Camargo, proferida em 10 de maio de 1939 por ocasião da aposentadoria do conspícuo Ministro Manoel

2 *Ética a Nicômaco*, 1140 a 30; cf. também 1140 b1, 5.

3 Celso. *Digesto*, 1, 1,1.

Acesso ao Sumário

da Costa Manso, então Presidente do Pretório Excelso, "venturosos aqueles que, após longa caminhada e grande labuta, conseguem para si patrimônio moral de tamanha valia. É o patrimônio dos patrimônios, o único dos bons Juízes, porque o único a que a traça da malícia não corrói, nem a ferrugem do tempo consome".[4]

Estimados colegas, olhando para vocês, vejo apenas olhos verdes, como recitava o insigne Ministro Vicente de Carvalho:

"Olhos encantados, olhos cor do mar,
Olhos pensativos que fazeis sonhar!
(...)
Olhos abençoados cheios de promessa!
Olhos pensativos que fazeis sonhar,
Olhos cor do mar!"[5]

4 Registro feito também pelo Eminente Desembargador Flávio Torres, orador oficial da Sessão Solene de Comemoração do Centenário da instalação do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 03 de fevereiro de 1974. In Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ed. LEX, vol. 28 (jan.fev.mar. 1974), p.544-545.

5
Olhos encantados, olhos cor do mar
Olhos pensativos que fazeis sonhar!
Que formosas coisas, quantas maravilhas
Em vos vendo sonho, em vos fitando vejo:
Cortes pitorescos de afastadas ilhas
Abanando no ar seus coqueirais em flor,
Solidões tranqüilas feitas para o beijo,
Ninhos verdejantes feitos para o amor...

Olhos pensativos que falais de amor!

Vem caindo a noite, vai subindo a lua...
O horizonte, como para recebê-las,
De uma fímbria de ouro todo se debrua;
Afla a brisa, cheia de ternura ousada,
Esfrolando as ondas, provocando nelas
Bruscos arrepios de mulher beijada...

Olhos tentadores da mulher amada!
Uma vela branca, toda alvor, se afasta
Balançando na onda, palpitando ao vento;
Ei-la que mergulha pela noite vasta,
Pela vasta noite feita de luar;
Ei-la que mergulha pelo firmamento

Acesso ao Sumário

O momento é propício para celebrar com firme esperança na Justiça, pois este Tribunal, em seus 140 anos de existência, rejuvenesceu com a chegada desses magníficos magistrados. Sejam muito bem-vindos! A esse verde oceano.

Muito obrigado!

Ricardo Mair Anafe

LUÍS PAULO ALIENDE RIBEIRO (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome e em nome dos demais empossandos Nelson Paschoal Biazzi Júnior e Ana Luiza Liarte. (Sessão solene de 06.05.14).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador **José Renato Nalini**, em cuja pessoa saúdo os demais componentes da Mesa.

Excelentíssimo Senhor Desembargador **Ricardo Mair Anafe**, digníssimo Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça. Agradecemos as generosas palavras com que nos recebeu em nome deste Colendo Tribunal.

Senhores e Senhoras Desembargadores, Juízes, Procuradores de Justiça, Promotores, Advogados e Professores.

Desdobrado ao longe nos confins do mar...

Olhos cismadores que fazeis cismar!

Branca vela errante, branca vela errante,
Como a noite é clara! como o céu é lindo!
Leva-me contigo pelo mar... Adiante!
Leva-me contigo até mais longe, a essa
Fímbria do horizonte onde te vais sumindo
E onde acaba o mar e de onde o céu começa...
Olhos abençoados, cheios de promessa!
Olhos pensativos que fazeis sonhar,
Olhos cor do mar!
(**Vicente de Carvalho**, ***in*** *Rosa, Rosa de Amor*).

Acesso ao Sumário

Demais autoridades, estimados servidores do Judiciário. Nossos Familiares, nossos amigos.

Senhoras e Senhores.

Coube a mim, por dignificante escolha e imposição de Nelson Paschoal Biazzi Júnior e Ana Luiza Liarte, a honrosa e gratificante responsabilidade de formular, em nome dos novos desembargadores, as palavras de apresentação no Tribunal de Justiça de São Paulo.

E o que faço com o firme propósito de buscar retribuir a confiança depositada por ambos os magistrados com quem compartilho este momento de realização e alegria.

A vida intercala grandes alegrias e grandes tristezas.

Vivenciamos hoje oportunidade em que o Tribunal de Justiça de São Paulo acolhe, no seu mais elevado cargo, magistrados que aqui aportam depois de quase três décadas de entrega pessoal e dedicação à carreira.

A passagem do tempo, que por certo conferiu a cada um maior experiência no cotidiano exercício da função jurisdicional, resulta, por outro lado, na constatação de que nem todos aqueles que contribuíram, de forma significativa, ou quiçá decisiva, para a formação dos novos desembargadores pudessem estar fisicamente presentes nesta solenidade.

Creio, entretanto, que de alguma forma estas pessoas queridas aqui estão, talvez com ainda mais força, no coração de seus familiares, amigos ou de todos os que, por vinculação funcional, institucional ou afetiva, integram esta Casa.

O dia é de emoção, de contentamento por uma conquista e, por outro lado, de renovação do compromisso com a função jurisdicional.

Renovação porque nosso compromisso com a magistratura adquire uma nova roupagem, um novo sentido formatado pelas modificações que o exercício da judicatura naturalmente provocou em cada um destes novos desembargadores, e que os diferencia, agora em maior proporção, não somente do Juiz Substituto que há muito ingressou na magistratura paulista, mas também do Juiz de Direito

que, dois anos depois, provada e oficializada a aptidão exigida no exercício de suas funções, apresentou-se para novo compromisso em singela e representativa cerimônia de vitaliciamento.

O compromisso hoje renovado ostenta especial e importante significado.

O Tribunal de São Paulo, já apresenta hoje sinais consistentes de que o esforço de seus integrantes, magistrados e servidores, aliado a gestão administrativa pautada pela construção de uma estrutura adequada à busca de meios que garantam celeridade na tramitação do processo, têm por consequência, quase um século depois da advertência de Rui Barbosa na Oração aos Moços, de que "***justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta***" a solução das lides em prazos mais razoáveis.

Apontam neste sentido a significativa redução dos acervos antes comuns neste Tribunal, redução tendente à sua eliminação, e os dados estatísticos oficialmente divulgados.

Esta busca de imprescindível celeridade – imperativo exigido para assegurar a garantia, consagrada no inciso LXXVIII (SETENTA E OITO) do artigo 5º, da Constituição Federal, da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação –, não pode, entretanto, levar a atividade jurisdicional a algo assemelhado ao desempenho profissional de uma tarefa técnica, medida por dados estatísticos e avaliada tão só pelo cumprimento de metas de produtividade, sem maior cuidado com cada decisão, da mais rotineira ou simples à mais complexa, as quais não podem prescindir de uma atuação pautada pelo amor ao Direito e pela compreensão, por cada magistrado, da grandeza inerente à atividade jurisdicional.

Faço, aqui uma pausa, uma pontual explicação do que busco defender.

Antes de prosseguir com a idéia que creio deva ser acrescentada ao compromisso com a justiça, hoje renovado não somente por estes três novos desembargadores, mas por todo o Tribunal de São Paulo, que reunido se irmana com a comunidade jurídica e a sociedade para reafirmar tais solenes votos, impõe-se uma justificativa, necessária e relevante para evitar imprecisão ou incompreensão.

Alcançada esta principiante concretização da garantia constitucional da

razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação há de ser assegurado o impedimento, a proibição de retrocesso.

O que se coloca, sem margem para dúvidas ou divagações, é que não se pode, de modo algum, vacilar ou permitir retrocesso nessa conquista de celeridade processual. Todos trabalhamos, muito, para que isso venha se tornando realidade. E vamos, juntos, continuar a lutar para ampliar essa conquista.

E a necessária ampliação da garantia de celeridade processual está na busca de um novo e mais ambicioso patamar.

O desafio, que hora se apresenta e não pode ser postergado é o da retomada da noção de que a magistratura não se identifica com uma visão diversa daquela na qual cada artífice tenha compreensão da grandiosidade da tarefa desempenhada.

Isto faz lembrar que em sessão realizada em 27 de março de 1990, na cerimônia de vitaliciamento dos juízes do 154º (CENTÉSIMO QUINQUAGÉSIMO QUARTO) Concurso de Ingresso na Magistratura, o Desembargador Marino Emílio Falcão Lopes falou em nome do Tribunal, e após discorrer sobre o apólogo dos três pedreiros que trabalhavam no mesmo canteiro de obras assentando tijolos para a edificação de um grande templo, exortou-nos a ser, como aplicadores da lei, obreiros do Direito e da justiça, sempre e sempre, CONSTRUTORES DE CATEDRAIS.

Indagados cada um dos pedreiros sobre o que fazia, respondeu o primeiro deles que assentava tijolos. O trabalho, para este obreiro, nada acrescentava a ele ou ao mundo.

O segundo deles respondeu que estava fazendo uma parede, demonstrando já alguma idéia no sentido de que algo resultaria do seu trabalho, mas sem compreender sua participação na obra final.

O terceiro, por fim, respondeu: “Estou construindo uma Catedral” a demonstrar sua ciência e convicção da importância do seu trabalho e do seu suor, e consciente de que cada tijolo que assentava era uma parcela que iria compor uma obra majestosa, dotando o mundo de um lugar grandioso, para o culto a Deus.

O exercício da magistratura exige a consciência, por todo magistrado, nesta inexorável transposição do meio papel para o eletrônico, de que um despacho, de que a atenção ao direito das partes e a cada manifestação dos advogados nos autos, tanto quanto a sentença e o acórdão, são cada qual tijolos assentados para edificar e dar fortaleza ao Poder Judiciário.

Por fim, e em confessado esforço pessoal de fazê-lo ainda mais presente nesta solenidade, recordo das palavras com que o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo encerrou a Sessão Solene de instalação do Ano Judiciário de 1990:

"Na liturgia desta cerimônia cabe renovar nossa indefectível devoção ao direito e aos instrumentos materiais de sua realização. O direito tem sido a pira em que se vão consumindo nossas forças; mas também o altar em que elas se retemperam, como razões de nossas vidas. Sem uma chama interior, que dê sentido e conteúdo à atividade jurisdicional, a tarefa do Juiz, como mera atividade profissional, seria desoladora. O que nos conforta e sustem – sabem os do ofício – neste infindável manusear de autos e papéis, é a crença no Direito e no Poder Judiciário. A íntima convicção de que realizamos uma tarefa dotada de intrínseca grandeza."

Esta é idéia que se acrescenta ao compromisso hoje firmado pelos novos desembargadores que aqui represento.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário